

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.342.253 - MG
(2018/0204373-0)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : DEISIENE CUNHA BERNARDES SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

DEISIENE CUNHA BERNARDES SOUZA agrava da decisão que inadmitiu o recurso especial de fls. 427-434, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais** na Apelação Criminal n. 1.0024.15.224530-4/001.

Consta dos autos que a ora agravante foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao fundamento de que a recorrente preenche os requisitos legais para aplicação da minorante.

Afirma, ainda, ser indevida a utilização de condenações penais sem o trânsito em julgado para valorar a culpabilidade da agente, bem como para averiguar sua dedicação a atividades criminosas.

Requer o provimento do recurso, para que seja reduzida a reprimenda nos moldes previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal de origem (fls. 474-476), o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial (fls. 481-493).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do agravo.

Decido.

I. Admissibilidade

O agravo é tempestivo e **preencheu os demais requisitos de admissibilidade.**

Quanto ao recurso especial, observa-se o mesmo. Com efeito, o tema relativo à minorante foi tratado pelo acórdão, a **evidenciar o prequestionamento da matéria.** Além disso, o recurso apresenta **argumentação suficiente** para permitir a compreensão da tese, e a sua apreciação **prescinde de revolvimento do contexto fático-probatório dos autos.**

II - Contextualização

Narram os autos haver sido a ré surpreendida enquanto mantinha sob sua guarda 225 pedras de crack, embaladas separadamente, a quantia de R\$ 407,00, uma agenda com anotações contábeis e cinco aparelhos celulares (fl. 355):

A denúncia narra que no dia 25/11/2015, por volta das 02:10 horas, no beco Governador Valadares s/n, bairro Cachoeirinha, nesta CAPITAL, os recorrentes, em união de esforços e desígnios, foram surpreendidos a possuir 225 pedras de crack, embaladas separadamente, a quantia de quatrocentos e sete reais, uma pochete preta utilizada para armazenar os entorpecentes, uma agenda com anotações de contabilidade relacionado ao tráfico, e cinco aparelhos de telefonia celular.

O Tribunal de origem manteve a sentença para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quanto à insurgente recorrente, nos seguintes termos (fls. 389-370, destaquei):

A pena-base foi fixada pelo sentenciante no patamar mínimo legal cominado (05 anos de reclusão e 500 dias -multa), de onde descabe decrescê-la. Na segunda fase, não se verificou a presença de atenuantes e agravantes.

A defesa busca o reconhecimento do benefício previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Tóxicos, ao argumento de que a apelante é primária e de bons antecedentes.

No entanto, conforme ressaltado pela d. Juíza de primeiro grau, verifica-se que Deisiene possui

processo em fase de instrução da 2ª vara Criminal da Comarca de Contagem, respondendo esta por delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei de Tóxicos, o que evidencia seu envolvimento prévio no tráfico.

Assim, verificando que a recorrente não pode ser considerada "traficante de primeira viagem", demonstrando dedicação a atividade criminosa, não há que se falar na concessão do referido benefício.

De tal modo, mantenho suas reprimendas finalmente concretizadas em 05 anos de reclusão e 500 dias -multa, ausentes outras causas de oscilação.

Conservo o regime semiaberto de cumprimento de pena, em razão do quantum de pena aplicado (art. 33, §2º, 'b', do CP), bem como a negativa de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, art. 44, I, do CP.

Feito esse registro, examino a tese da defesa.

III. Aplicação da minorante

Para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "*A mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14/4/2014).

Na espécie, observo que a Corte estadual justificou o afastamento da minorante **por existir outro processo criminal em andamento pelo mesmo delito contra a acusada**, circunstância que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é **idônea para obstar a redução da pena, por demonstrar a dedicação da ré a atividades ilícitas.**

Não se discute que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento, ou mesmo de condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado, não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na **Súmula n. 444** deste Superior Tribunal. Essa, aliás, é a essência do princípio da presunção de não culpabilidade.

Também não desconheço haver um ou outro julgado, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que defende o seguinte: "para efeito de valoração da pena, somente podem ser consideradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, sendo impossível considerar para tanto investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LVII (presunção do estado de inocência), do texto constitucional. Logo, o fato de existirem processos criminais por tráfico em andamento contra o recorrente, por si só, não subsidiam razões para inferir que o réu dedica-se à atividade criminosa" (**ARE n. 905.124/RS**, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, monocrática, DJe 22/9/2015).

Contudo, não vejo óbice a que a existência de processos em andamento ou mesmo de condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possa, **à luz das peculiaridades do caso concreto**, ser considerada elemento apto a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (a ensejar, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública).

Ademais, imperioso o registro de que tais elementos – feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade – podem afastar o redutor **não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa.**

Recentemente, a matéria, aliás, foi pacificada pela **Terceira Seção** desta Corte Superior de Justiça, que, ao julgar os **EREsp n. 1.431.091/SP** (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro **Felix Fischer**, firmou o entendimento de que: "é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06".

A mesma compreensão tem sido adotada também pelo **Supremo Tribunal Federal**, conforme precedente abaixo colacionado:

Penal e constitucional. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Afastamento: paciente dedicado a atividades criminosas. Extensa ficha criminal revelando inquéritos e ações penais em andamento. Ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência. dosimetria da pena, substituição por restritiva de direitos e regime aberto: Questões não examinadas pelo Tribunal *a quo*. Não conhecimento.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

2. ***In casu*, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros.**

3. Os temas atinentes à dosimetria da pena, à substituição por restritiva de direitos e ao regime aberto não foram examinados no Tribunal *a quo*, por isso são insuscetíveis de conhecimento, sob pena de supressão de instância.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e denegada a ordem nessa extensão.

(HC n. 108.135/MT, Rel. Ministro **Luiz Fux**, 1ª T., DJe 27/6/2012, grifei)

Portanto diante da análise concreta de que a ré se dedicava a atividades ilícitas, ante a existência de outro processo pelo crime de tráfico, concluo não ser a recorrente merecedora da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

IV. Execução provisória da pena

Por fim, ante o esgotamento das instâncias ordinárias – como no caso –, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação**, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

Determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para imediata execução da pena caso a ré não cumpra, atualmente, a reprimenda.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator