

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.400.143 - SP  
(2018/0306970-4)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : LEMOEL MARINHO PRIMO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**THIAGO SOARES PICCOLOTTO - DEFENSOR PÚBLICO**  
**- SP225902**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

**LEMOEL MARINHO PRIMO** agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal e interposto contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação n. 000086-57.2016.8.26.0548).

O recorrente aponta violação dos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 33, § 2º, "c", do Código Penal. Busca a defesa a incidência da minorante prevista na Lei de Drogas, a fixação do regime aberto para cumprimento da pena e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O apelo especial foi inadmitido no juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal *a quo*, o que ensejou a interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

**Decido.**

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada, preenchendo, dessa forma, os requisitos de admissibilidade, razão pela qual **comporta conhecimento**.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos.

O Tribunal de origem, entretanto, deu provimento ao recurso do Ministério Público a fim de condenar o réu pelo delito de receptação,

aumentar e pena-base, afastar a incidência da minorante no tráfico e tornar a reprimenda definitiva em 6 anos de reclusão, em regime fechado, mais multa. A incidência da minorante foi afastada porque (fls. 206-208, destaquei):

Por fim, na etapa final, ausentes causas de aumento e diminuição, as penas permanecem inalteradas.

Conforme pleiteado pelo Ministério Público e acolhido por esta Relatora, incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que restou configurado que o acusado não se trata de um traficante eventual, mas sim, que se dedica a atividades criminosas, pois diante das circunstâncias do crime descritos na denúncia, bem como **a grande quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos**, conforme já mencionado, levando em consideração, ainda, conforme já mencionado, o réu possui personalidade voltada à prática de crimes, registrando, inclusive, desde sua adolescência, **procedimentos judiciais contra si perante o Juízo da Infância e da Juventude** (fls. 100/101), por atos infracionais análogos aos crimes de tráfico de drogas, ora aqui tratados, comprovando-se que Lemoel, repito, desde que era adolescente, se dedica a atividades criminosas relacionados ao comércio ilícito de entorpecentes. Assim, constata-se que o réu não pode ser considerado como neófito.

Esses elementos acima expostos, em especial a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas localizadas em poder do apelante, mostram-se como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez denotadora de que, para ter acesso a elas, claramente se incorporou à organização criminosa, ou, no mínimo, tem se dedicado frequentemente à traficância, critério jurisprudencial encontrável [...].

Com efeito, 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).

No caso, conforme visto, as instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – entenderam indevida a aplicação do redutor em comento, com base na quantidade de drogas apreendidas e na existência de **registros relativos à prática de atos infracionais análogos ao crime de tráfico de drogas**, circunstância que as levou à conclusão de que o paciente seria dedicado a atividades criminosas, notadamente ao narcotráfico.

Nesse ponto, destaco que, embora a quantidade de drogas apreendidas constitua, de fato, elemento a ser considerado para a incidência da minorante, entendo que, no caso, a quantidade não foi tão expressiva (22 g de maconha e 58 g de cocaína), de maneira que se mostra **manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, tal fundamento para justificar a negativa do benefício.

Entretanto, esta Corte Superior de Justiça tem, reiteradamente, decidido, **por ambas as Turmas**, que a existência de registros por atos infracionais é elemento hábil a evidenciar a dedicação do agente a atividades delituosas e, por conseguinte, a impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Exemplificativamente, menciono:

2. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Na hipótese dos autos, verifica-se que o Magistrado sentenciante destacou que o paciente, embora não possua condenação definitiva, não possui bons antecedentes, pois, **quando menor de idade, respondeu a diversos atos infracionais, todos por tráfico de drogas, o que demonstra que possui vida pregressa de dedicação à atividade criminosa**. Dessa

forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, vedada em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa. Precedentes. Ademais, para se acolher a tese de que a paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 431.001/RS, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 23/3/2018).

[...]

4. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas. Precedentes.

[...]

(HC n. 422.136/RS, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 12/12/2017).

[...]

2. Como é consabido, para a incidência da minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é necessário o preenchimento dos requisitos legais previstos no dispositivo, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação às atividades criminosas e não integração à organização criminosa.

3. **A existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas**, de modo a justificar a negativa da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.560.667/SC, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 23/10/2017).

Diante de tais considerações, não identifico violação legal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Além disto, mantida a reprimenda fixada (6 anos de reclusão) e ante a presença de circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, o regime fechado é, de fato, o mais adequado à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Melhor sorte também não socorre a defesa quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista a quantidade de pena aplicada, superior a 4 anos.

E, 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.

À vista do exposto, **conheço do agravo, para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento.**

Ainda, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para a imediata execução da pena caso o agente não a esteja cumprindo atualmente.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**