

RECURSO ESPECIAL Nº 1.772.091 - SP (2018/0268673-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : THIAGO GODINHO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSELEINE APARECIDA DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA

EMENTA

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO ESPECIAL MINISTERIAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECORRIDO COM PROCESSOS EM CURSO PELO MESMO CRIME. MAUS ANTECEDENTES. HIPÓTESE DE AFASTAMENTO DA MINORANTE. EREsp n. 1.431.091/SP. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. PENA REDIMENSIONADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça estadual.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado pelo MM. Juízo de primeiro grau como incurso no delito previsto no artigo 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado**, mais 583 dias-multa (fls. 417-423).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de **apelação criminal**, com vistas à reforma da sentença condenatória. No eg. Tribunal de origem, o recurso foi parcialmente provido para redimensionar a pena ao patamar de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto**, e 250 (cento e sessenta e seis) dias-multa (fls. 596-615).

Nas **razões do recurso especial**, interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, a parte recorrente sustenta violação ao artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como a ocorrência de dissídio jurisprudencial sobre o tem. Para tanto, argumenta que:

a) *"O Colendo Superior Tribunal de Justiça proclamado, reiteradamente, que, apesar de não se prestarem à caracterização de maus antecedentes ou da reincidência, condenações ainda não definitivas e mesmo processos 'em andamento bastam para revelar a dedicação do agente à 'atividade criminosa e, portanto; para afastar a incidência do redutor do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06." (fl. 638);*

b) *"deve prevalecer também no caso em exame a interpretação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, para o fim de afastar a incidência do redutor, com o necessário redimensionamento das penas" (fl. 659).*

Apresentadas as **contrarrazões** (fls. 684-692), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento do recurso especial** (fls. 730-732).

É o relatório.

Decido.

Busca a parte recorrente, em síntese, nas suas razões recursais, o afastamento da minorante inserta no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, aplicada pelo eg. Tribunal **a quo** em favor do ora recorrido.

No que se refere ao tráfico privilegiado, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), vedada a conversão em penas restritivas de direitos, **desde que o agente seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.**

No ponto, **na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.**

No **punctum saliens**, o eg. Tribunal a quo, ao julgar a apelação

criminal ali interposta pela Defesa, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Thiago Godinho: pena-base fixada em 1/6 acima do mínimo legal, 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa por conta dos maus antecedentes (certidão de fls. 261) que também impediu a aplicação do redutos do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Afasta-se o aumento operado na primeira etapa, eis que a certidão utilizada para atestar os maus antecedentes do réu aponta condenação sem trânsito em julgado definitivo e não pode, portanto, ser utilizada para tal fim.

[...]

Destarte, a pena-base é fixada no mínimo legal, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. A quantidade de drogas apreendida com Thiago autoriza incidência do redutor de pena em metade, razão pela qual torno a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.

O regime fechado deve ser mantido, porque incabível e inadequado seu abrandamento: a conduta apenada é a de trazer consigo, com o fim de comercialização, 14,37g de crack e 4,51g de cocaína." (fls. 254-257).

Na hipótese, tendo em vista que o recorrido possui processo em andamento por crime da mesma espécie (fls. 277 e 421), diviso que assiste razão ao **Parquet**, em seu recurso, pois **é hipótese de afastamento da causa especial de diminuição de pena em questão**, já que a Terceira Seção desta eg. Corte Superior, ao julgar o **EResp n. 1.431.091/SP**, de **minha relatoria**, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para **afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena** prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. Sobre o tema:

"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.

[...]

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 DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros.

[...]

4. Habeas corpus conhecido em parte e denegada a ordem nessa extensão" (HC n. 108.135/MT, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 27/6/2012).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO ÀS PENAS DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. AÇÕES PENAIS EM CURSO. ERESP 1.431.091/SP. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS A AFASTAR O BENEFÍCIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. REGIME PRISIONAL. TRIBUNAL QUE APLICOU O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- No caso, a causa redutora de pena não pode ser aplicada, em razão de o réu se dedicar a prática de atividades criminosas, fato evidenciado pela quantidade, variedade e natureza de entorpecentes apreendidos, bem como pelo fato de ostentar ações penais em curso.

- Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações

penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX F FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017).

[...]

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 392.599/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 22/08/2017).

Sendo assim, merece ajuste a sanção imposta ao recorrido **Thiago Godinho** em relação ao delito previsto no artigo 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Na primeira fase, tendo em vista o provimento do recurso de apelação criminal interposto pela Defesa, a pena-base foi fixada no mínimo legal, **qual seja, 5 (anos) de reclusão** e 500 (quinhentos) dias-multa, a qual torno definitiva ante o afastamento da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como pela inexistência de outras causas modificadoras na segunda e na terceira fases, mantido o regime inicial **fechado**, pela existência de circunstância judicial desfavorável (AgRg no AREsp n. 981.437/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 24/2/2017; HC n. 357.043/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/8/2016).

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial, nos termos acima expostos.

P. e I.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator