RECURSO ESPECIAL Nº 1.816.895 - DF (2019/0157370-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO	:	MOISES DE OLIVEIRA COSTA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ATOS INFRACIONAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado (fl. 224):

> *"PENAL. PROCESSO PENAL. TRAFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. DESTINAÇÃO À DIFUSÃO ILÍCITA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO. AÇÕES PENAIS EM CURSO E REGISTROS NA VIJ. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.*
>
> *1. Para se distinguir o usuário do traficante, deve-se levar em consideração todos os fatores que cercam a prática criminosa, tais como lugar e horário em que o agente foi surpreendido levando consigo ou mantendo em depósito a droga, a quantidade e variedade da substância apreendida, as circunstâncias, dentre outros.*
>
> *2. Na espécie, a situação flagrancial corroborada pela considerável quantidade e diversidade de entorpecente apreendida na residência do acusado, encontrada juntamente com objetos típicos na formatação mercantil, permitem concluir pela destinação ilícita dos entorpecentes.*
>
> *3. A redução da pena prevista no artigo 33, § 4º,*

da Lei 11.343/2006 não pode ser afastada por eventuais registros de passagens do réu pela Vara da Infância ou pela existência de ações penais em curso, sendo necessária prova concreta de que o acusado integra organização criminosa ou adota o crime como meio de vida.

4. Recurso conhecido e parcialmente provido."

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente afirma violação ao artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ao assinalar que registros de atos infracionais e a existência de ação penal em curso podem elidir a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 278-291), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo provimento do recurso especial (fls. 305-306).

É o relatório.

Decido.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi **condenado,** em primeiro grau, à pena de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, em regime semiaberto, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, pela prática do delito do artigo 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 172-179).

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo defensivo, para redimensionar a pena para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos; e ao pagamento de 221 (duzentos e um) dias-multa (fls. 239-266).

Nas razões do recurso especial, insurge-se o **Parquet local,** objetivando o restabelecimento da sentença penal condenatória, que não reconheceu a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Sobre a **quaestio juris**, o Tribunal de origem consignou **verbis**

(fls. 251-253):

"DO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

No que se refere, contudo, ao pleito relativo ao reconhecimento do tráfico privilegiado, tenho que assiste razão ao recorrente.

Em análise atenta dos autos verfica-se que terceira e última fase da reprimenda, o magistrado singular afastou a aplicação do benefício previsto no art. 33, §4° da Lei 11.343/2006 sob o seguinte fundamento:

No que se refere a incidência da causa de diminuição de pena constante do art. 33, §4° da Lei 11.343/2006, como é cediço, esta visa beneficiar o traficante de primeira viagem', não podendo ser aplicada ao réu que se dedica à prática de delitos.

No caso em análise, verifico que o acusado está respondendo ao processo n° 2018.01.1.010055-0 (fls. 18) em trâmite perante a 1ª Vara Criminal de Brasília, no qual lhe é imputada a prática do crime de tentativa de furto qualificado. Do mesmo modo, enquanto menor, o acusado possuiu passagens perante a Vara da Infância por atos infracionais por atos infracionais análogos ao delito de roubo majorado. Tais circunstâncias, aliada à diversidade de drogas apreendidas em poder do acusado nos presentes autos, indica que MOISÉS se dedicava atividades criminosas, o que impede que seja favorecido com a benesse constante do art. 33, §4° da LAD. [...]

Na terceira fase, deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4°, da Lei n° 11.343/2006, pois, como visto, o acusado se dedicava a atividades criminosas.

Presente, entretanto, a causa de amento de pena revista no art. 40, inciso VI, da Lei n° 11.343/2006 (tráfico envolvendo o menor W.M.P- identificado às fls. 11), razão pela qual aumento a pena em 1/6, fixando a pena, concreta e definitivamente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e oitenta e três) dias-multa.

O § 4º, do artigo 33, da LAD dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso, o réu preenche os requisitos legais, vez que é primário, de bons antecedentes, não havendo prova de que integre organização criminosa ou que se dedique às atividades criminosas.

O magistrado sentenciante, contudo, considerou os registros de atos infracionais e a existência de uma ação penal em curso como elementos capazes de demonstrar a dedicação do réu às atividades criminosas, o que afastaria a aplicação da minorante relativa ao tráfico privilegiado.

Ocorre que os atos infracionais praticados quando menor de idade não caracterizam reincidência ou maus antecedentes, nem podem caracterizar eventual dedicação do agente a atividades criminosas, já que tais condutas sequer constituem crime.

Não é outro o entendimento deste Tribunal de Justiça, in verbis:

[...] 5. Os atos infracionais praticados pelo réu quando adolescente não podem ser considerados para afastar o privilégio do artigo 33, §4°, da Lei 11.343/06. (Acórdão n.1110915, 20170110328856APR, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 19/07/2018, Publicado no DJE: 30/07/2018. Pág.: 97/114).

[...] 3 A condenação provisória não caracteriza maus antecedentes (Súmula 444/STJ). A redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da lei de regência, não deve ser afastada por eventuais registros de passagens pela Vara da Infância ou de ações penais em curso. [...]. (Acórdão n. 1004092, 20160110150295APR, Relator: GEORGE LOPES, Revisora: SANDRA DE SANTIS, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 09/03/2017, Publicado no DJE: 23/03/2017. Pág.: 301/312).

Com efeito, a apreensão de entorpecentes diversos, a existência de ação penal em curso (2018.01.1.010055-0 - fl. 8) e a passagem do réu pela Vara da Infância não são, conforme a jurisprudência deste E. TJDFT, suficientes para ao afastamento da benesse prevista no § 4° do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Diante de tais considerações, sendo o réu é primário, de bons antecedentes e não havendo elementos que indiquem que se dedica a atividade criminosa tampouco integra organização criminosa, impõe-se a diminuição da pena na fração máxima de 2/3 (dois terços).

Tendo em vista que a pena intermediária restou fixada no mínimo legal, qual seja 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, aplicando a minorante prevista no art. 33, §4°, da LAD, em seu patamar máximo (2/3), chegamos a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, além de 166 dias-multa.".

Da leitura dos excertos do v. Acórdão recorrido, vê-se que o Tribunal de origem entendeu que a existência de registro de atos infracionais e de ação penal em curso não é suficiente para afastar a aplicabilidade da minorante do art. 33, § 4º da Lei de Drogas.

Ocorre que o v. Acórdão fustigado, neste ponto, se encontra em dissonância com o entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça.

"A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, firmou a orientação no sentido de que ***inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a 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****. Precedentes. "* (HC 497.337/PR, **Quinta Turma**, **sob minha relatoria**, DJe 10/05/2019, destaquei).

Nesse sentido, confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006 EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. AÇÕES PENAIS EM CURSO. ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Embora ações penais em curso não possam ser utilizadas para negativar a pena-base, podem servir como fundamento para considerar que haveria dedicação às atividades criminosas, o que afastaria a incidência da minorante.

2. Apreciar a demanda posta no apelo especial não importa em revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, mas, tão somente, qualificação jurídica do quadro fático já delineado pela Corte a quo, bem como debate jurídico acerca da interpretação a ser dada sobre a existência de ação penal em andamento em desfavor da Agravada, com base na jurisprudência firmada por esta Corte Superior.

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 1.363.971/PR, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 24/05/2019).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AÇÕES PENAIS EM CURSO. ERESP 1.431.091/SP. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS A AFASTAR O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

V - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, firmou a orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a 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. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 497.337/PR, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 10/05/2019).

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE

DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes;

iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, 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 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça" (EREsp n. 1.431.091/SP, **Terceira Seção**, de **minha relatoria**, DJe de 01/02/2017).

De outro lado, também é entendimento desta Corte Superior que *"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"* (AgRg no REsp 1560667/SC, **Sexta Turma,** Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 23/10/2017, destaquei)

Ilustrativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. *TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Na hipótese, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente se dedica à atividade criminosa, uma vez que já havia cumprido medida socioeducativa pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes, tendo sido preso em flagrante apenas 4 meses após ter saído da Fundação Casa. Assim, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

*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.*

5. Fixada a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto" (HC n. 498.116/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas,** DJe de 04/06/2019, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO. ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 46 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO. PACIENTE COM PLENA CAPACIDADE DE COMPREENSÃO DO CARÁTER ILÍCITO DO FATO A ELE IMPUTADO E DE DETERMINAR-SE CONSOANTE TAL ENTENDIMENTO. CONCLUSÃO DIVERSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. 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 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais. (AgRg no REsp 1560667/SC, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017).

2. O Colegiado de origem afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 46 da Lei 11.343/2006 à espécie por entender que o acusado ostentava plena capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato a ele imputado e de determinar-se consoante esse entendimento, apesar da dependência química constatada, não havendo falar, pois, em reconhecimento da semi-imputabilidade.

3. A pretensão de valorar de modo diverso demandaria revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. (HC 273.879/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014).

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 466.681/MS, **Sexta Turma,** Rel. Min. **Nefi Cordeiro**,DJe de 02/04/2019).

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator,*

monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, incisos I e II, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença condenatória (Processo nº 2018.01.1.014843-0) ,** consoante a fundamentação retro.

P. e I.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator