

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.833.974 - SP (2019/0252817-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : MARCELO SOUSA DE JESUS (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA TATARI FRAZÃO DE VASCONCELOS -
DEFENSORA PÚBLICA - SP232510
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que deu parcial provimento ao apelo defensivo.

Sustenta a defesa violação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Aduz ser *impossível afirmar que restou comprovada a habitualidade delitiva do recorrente, simplesmente porque ele respondeu a um único outro processo de tráfico posteriormente no mesmo ano* (fl. 323).

Argumenta que os requisitos previstos para a aplicação da minorante do tráfico privilegiado *devem estar preenchidos no momento em que o réu pratica a infração prevista, não podendo gerar reflexos atos praticados posteriormente* (fl. 324).

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo (2/3).

Contra-arrazado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

Consta dos autos que recorrente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo para modificar o regime prisional do recorrente para o semiaberto.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

O voto condutor do acórdão assim decidiu quanto à não incidência da minorante (fls. 275-283):

6. Ao individualizar as penas, a sentença deixou de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, dispondo: "Deixo de aplicar o redutor do parágrafo 4º, considerando que foi preso pela segunda vez, no mesmo ano, em flagrante pôr tráfico, ostentando condenação posterior por tráfico,

demonstrando assim que se dedica a atividades criminosas. Frise-se que o conceito de dedicação a atividades criminosas não se confunde com o de reincidência, pois, do contrário o mencionado parágrafo não mencionaria a primariedade e a não dedicação como requisitos para a concessão da benesse, repetindo os termos que considerasse sinônimos. Assim, para que se reconheça a dedicação a atividades criminosas, não há necessidade de trânsito em julgado de condenação" (fls. 160/161).

7. Na construção da redação da parte final do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, o legislador utilizou a expressão "não se dedique às atividades criminosas", afastando-se da boa técnica legislativa penal, ao empregar termos coloquiais num texto formal, impedindo, assim, a pronta apreensão do significado penal daquela expressão. A inteligência do texto não resiste ao exame interpretativo pelos métodos gramatical, sistemático e teleológico.

O significado da expressão " não se dedique às atividades criminosas" é de difícil compreensão quando examinada no campo penal. Quando uma norma é clara, a sua inteligência é instantânea. Mas no caso, não se consegue entender prontamente a intenção do legislador ao estabelecer a cláusula "não se dedique as atividades criminosas".

Utilizando-se o método de interpretação gramatical, observa-se que a palavra dedicação, em gramática, tem o significado de devoção, de apeço, de afeição, conforme o Dicionário Escolar da Academia Brasileira de Letras (Companhia Editora Nacional, 20 ed., 2008). Dedicar significa: 1. Empregar (tempo, esforço, etc. a um determinado fim): o empreendedor deve dedicar todo o tempo possível ao seu negócio. 2. Destinar, como expressão de afeto ou admiração, a: O autor dedicou o livro a seus mestres; O calouro dedicou a música à mãe. 3. Ocupar-se de (alguém ou algo): Madre Tereza de Calcutá dedicou-se aos pobres a vida toda. Algum dia ainda me dedicarei só à música". Antonio Houaiss, no Dicionário Sinônimos e Antônimos (PubliFolha, 2aed. 2008), registra que dedicação quer dizer: "1. apreço: adoração, apego, atenção, consideração, desvelo, paixão, zelo <d. aos filhos>.

Empenhar-se: concentrar-se, entregar-se, mergulhar <d. -se ao trabalho>2 sacrificar-se: dar-se, devotar-se".

A interpretação sistemática do texto causa perplexidade, pois ele não encontra paralelo no campo penal, não sendo possível definir concretamente o significado do que possa ser "dedicação às atividades criminosas". Como observa Guilherme de Souza Nucci: "Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique às atividades criminosas.

No mais, sendo primário com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita" (Leis Penais Mas a obrigação do juiz é investigar o sentido razoável da finalidade da norma legal (interpretação teleológica). No caso do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, como o legislador penal usa termos não formais, "não se dedique às atividades criminosas", a única compreensão possível deve ser a restritiva porque não é crível, nem possível poder afirmar que alguém tem apeço ou é devotado às atividades criminosas.

Assim, deve-se interpretar a expressão legal como sendo a habitualidade

Superior Tribunal de Justiça

na prática de crimes contra a saúde pública descritos na Lei 11.343/2006, devidamente comprovada no conjunto probatório, aliás, de acordo com a manifestação na R Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, do Relator para o PLS nº 115/2002, da Lei nº 11.343/2006, em parecer de 10 de fevereiro de 2004: "Não nos olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso, mantivemos uma causa especial de diminuição da pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta se caracterize por ausência de habitualidade e caráter não profissional"

Nesses termos, evidente que se o agente registra condenação pelo mesmo delito, praticado no mesmo ano de 2012 (fls. 86), só se pode concluir pela sua dedicação ao tráfico de drogas, sem que se confunda esse elemento do 4º do art. 33 com a agravante geral da reincidência.

Como há prova segura nos autos de que .o recorrente é traficante habitual, é caso de não aplicação do benefício redutor.

Em embargos de declaração, assim referiu o Tribunal *a quo* (fls. 309-310):

Não é caso de acolhimento dos embargos. O reconhecimento da existência de elemento impeditivo da aplicação do redutor, especificamente a dedicação do agente ao tráfico, decorre do exame dos documentos juntados ao processo. O delito apurado neste feito foi cometido em 24 de junho de 2012. A certidão cartorária de fls. 86 registra que em 3 de dezembro de 2012, o embargante foi condenado por delito idêntico a dois anos e oito meses de reclusão e multa de 166 diárias. Não se pode reconhecer o fato posterior como reincidência, mas inegavelmente comprova que depois do crime de tráfico aqui apurado o embargante praticou outro, evidenciando-se sua dedicação a esse tipo de delito.

Com efeito, a jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a existência de anotações penais não transitadas em julgado, bem como o registro de atos infracionais, pode justificar a negativa da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por indicar a dedicação do réu à prática delituosa.

Ocorre que, ainda segundo precedentes desta Corte, a existência de **fato isolado, como na hipótese**, não constitui fundamento suficientemente apto a demonstrar a dedicação do acusado às atividades criminosas e, por conseguinte, obstar a aplicação da minorante. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PROCESSO EM ANDAMENTO. ELEMENTO QUE, POR SI SÓ, NÃO PERMITE A CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há 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 (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar a dedicação do acusado a atividades criminosas.

2. O julgador, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, pode livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo - entre eles, feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade - para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas.

3. Não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para, por si só, autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

4. A simples existência de uma única anotação em desfavor do réu, em que é acusado da suposta prática dos crimes de furto e de receptação - por fatos supostamente cometidos em 2013, ou seja, aproximadamente 2 anos antes da prática do delito objeto deste recurso - não permite, isoladamente, a conclusão de que se dedica a atividades criminosas ou de que faça do tráfico de drogas o seu meio de vida.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1393984/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 27/05/2019).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA PELOS MAUS ANTECEDENTES. INEXISTÊNCIA. AÇÕES PENAS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CONSIDERAÇÃO PARA FINS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE, EM PRINCÍPIO. EXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO PENAL POR PORTE ILEGAL DE ARMA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE PARA CARACTERIZAR DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. REDUÇÃO EM 1/2, PELA NATUREZA DA DROGA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM BASE NOS MAUS ANTECEDENTES. RÉU PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME INICIAL ABERTO E À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e

ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não havendo notícia de condenação definitiva em desfavor do réu, sendo noticiadas tão somente ações penais em curso, não há que se sopesar negativamente os antecedentes, nos termos da Súmula 444/STJ.

3. Nos termos de jurisprudência desta Corte, a existência de inquéritos e ações penais em andamento, embora não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constitui circunstância apta, em princípio, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas.

4. A existência de apenas um fato isolado (ação penal em curso pelo delito de porte ilegal de arma de fogo), praticado há mais de 10 anos não constitui, entretanto, fundamento suficiente a justificar a dedicação a atividades criminosas e, por conseguinte, obstar a aplicação da minorante.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir as penas a 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e 250 dias-multa, e substituir a pena reclusiva por restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo das execuções (HC 254.378/MA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PROCESSO EM ANDAMENTO. ELEMENTO QUE, POR SI SÓ, NÃO PERMITE A CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

REEXAME PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO PROVIDO.

1. Não há 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 (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar a dedicação do acusado a atividades criminosas.

2. O julgador, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, pode livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo - entre eles, feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade - para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas.

3. Não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para, por si só, autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

4. A simples existência de um processo anterior relativo ao crime de receptação não permite, por si só, a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas ou de que faça do tráfico de drogas o seu meio de vida, de maneira que, à ausência de fundamento suficiente o bastante para justificar o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicada a minorante em questão.

5. Embora o recorrente haja sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis (tanto que a sua pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal) e foi apreendido com elevada quantidade de drogas - 1.780,0 g de maconha -, circunstâncias que, somadas, demonstram ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao preceituado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Nada obsta que a Corte estadual, ao proceder à análise do caso concreto - em decorrência da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 -, reexamine, à luz da nova reprimenda estabelecida ao agravante, o regime inicial de cumprimento de pena mais adequado à espécie.

7. Agravo regimental provido, nos termos do voto do Relator (AgRg no HC 335.908/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016).

No caso em tela, consignou o acórdão que *se o agente registra condenação pelo mesmo delito, praticado no ano de 2012 (fls. 86), só se pode concluir pela sua dedicação ao tráfico de drogas.*

Nesse contexto, a referida condenação não definitiva, em se considerando, inclusive, a pequena quantidade de droga apreendida - 44,4g de cocaína, 52,5g de maconha e 11,26g de crack (fl.272) -, não constitui fundamento suficiente para se inferir que o réu se dedica à traficância habitualmente. Sendo assim, imperioso o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei Antidrogas.

Passo, assim, ao redimensionamento da pena, adotando os parâmetros da origem.

Na primeira etapa, fixada a pena-base em 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, permanece no mesmo patamar na segunda etapa, ante a inexistência de agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Na terceira etapa, aplica-se a minorante do tráfico no patamar de 2/3, ficando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa.

No tocante ao regime prisional, reduzida a pena de reclusão a patamar inferior a 4 anos, em se tratando de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, faz jus o recorrente ao regime prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP.

Superior Tribunal de Justiça

Pelas mesmas razões que justificaram a imposição do regime mais brando, preenchidos os requisitos legais do art. 44 do CP, deve ser concedido ao recorrente o benefício da substituição das penas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, a fim de reduzir a pena do recorrente a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mais 166 dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de outubro de 2019.



MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator