

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.674.596 - SP (2017/0126642-9)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**RECORRENTE : NILSON LUIS GOMES**

**RECORRENTE : NILSON LUIS GOMES JÚNIOR**

**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## **DECISÃO**

**NILSON LUIS GOMES e NILSON LUIS GOMES JÚNIOR** interpõem recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0006039-24.2014.8.26.0066).

Consta dos autos que o réu **Nilson Júnior** foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido; o réu **Nilson**, à reprimenda de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pelo cometimento do delito descrito no art. 14 da Lei n. 10.826/2003.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 33, § 2º, "c", e § 3º, 44, e 59, do Código Penal; 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e requer, em síntese: a) a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (Nilson Júnior); b) a fixação do regime aberto; c) a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contrarrazões às fls. 363-374 e decisão de admissibilidade às fls. 387-389.

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

**Decido.**

**I. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (réu Nilson Júnior)**

A Corte estadual assim fundamentou a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, *in verbis* (fl. 303):

E não é o caso de incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, (i) **as informações policiais - depoimentos e relatório escrito - dando conta de que o réu é conhecido como traficante;** (ii) a não comprovação, por parte do acusado, do exercício de atividade lícita; (iii) **as representações por ato infracional análogo à tráfico de entorpecentes;** (vi) e **o porte ilegal de arma** configuram dados que, vistos em seu conjunto, descortinam tratar-se de pessoa dedicada às atividades criminosas.

Cabe salientar que "a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas", para os fins a que alude o citado artigo de lei (STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia).

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: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida." (**HC n. 437.178/SC**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/6/2019).

No caso, conforme visto, o Tribunal – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou **diversos elementos concretos** dos

autos que evidenciam que **as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão** não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a **atividades criminosas**, notadamente ao tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ressalto, ademais, que 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. 460.141/SP, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 14/9/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS.

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 n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgInt no HC n. 467.947/SP, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 1º/2/2019).

Por fim, é imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o recorrente não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada em recurso especial, a teor do que enunciado na **Súmula n. 7 do STJ**.

## **II. Regime e substituição da pena**

Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, fica mantida a imposição do regime inicial **semiaberto** em relação ao réu **Nilson Júnior**, haja vista que ele foi condenado a reprimenda superior a 4 anos de reclusão. Inteligência do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

Pela mesma razão, não há como ser determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista a ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao acusado **Nilson**, também deve ser mantida a imposição do regime inicial **semiaberto**, tal como bem decidiu a Corte de

origem (fl. 304), pois, não obstante haja sido definitivamente condenado a sanção inferior a 4 anos de reclusão, ele ostenta circunstância judicial desfavorável (antecedentes), tanto que a sua pena-base foi estabelecida acima do mínimo legalmente previsto. Inteligência do art. 33, § 2º, "b" e "c", e § 3º, do Código Penal. Tal circunstância (maus antecedentes) também evidencia que a substituição da pena por restritivas de direitos não se mostra medida socialmente recomendável, *ex vi* do disposto no art. 44, III, do Código Penal.

### **III. Dispositivo**

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e no art. 34, XVIII, "b", parte final, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator