

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.247 - DF
(2018/0275732-0)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : PEDRO HENRIQUE CUNHA DE FREITAS
ADVOGADO : VERÔNICA DIAS LINS E OUTRO(S) - DF028051
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

PEDRO HENRIQUE CUNHA DE FREITAS agrava da decisão que não admitiu o seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios** (Apelação Criminal n. 2016 01 1 097133-0).

Consta dos autos que o ora agravante foi condenado às penas de: a) 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 16 da Lei n. 10.826/2003; b) 2 meses de detenção, em regime inicial aberto, pelo cometimento do delito de resistência.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação dos arts. 33, § 4º; 60, § 2º, ambos da Lei n. 11.343/2006; 387, § 2º, do Código de Processo Penal, e pleiteia, em síntese: a) a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; b) a aplicação da detração, com a consequente imposição de regime prisional menos gravoso; c) a restituição do valor apreendido.

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal de origem, o que ensejou a interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo, "para que, conhecido parcialmente o recurso especial, seja nesta parte provido, somente para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena de reclusão, mantidos os demais termos da condenação" (fl. 432).

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada, motivo pelo qual passo à análise do recurso especial.

I. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

O Juiz sentenciante, ao considerar indevida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim fundamentou (fl. 256):

Na terceira fase, não há causas de diminuição de pena, especialmente a prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, uma vez que o réu, apesar de tecnicamente primário, se dedica a atividades criminosas, conforme relatório final de fls. 55/59 e porquanto **há indícios de que pertença a uma organização criminosa para o tráfico de drogas**, conforme ação penal de n.º 2017.01.1.001737-3 (fls. 184), vinculada a este Juízo, **além de responder por homicídio, cuja data do fato é 26/06/2013, na ação penal de n.º 2013.01.1.115554-3** (fls. 186).

A Corte de origem, por sua vez, manteve o indeferimento do redutor em questão, com base nos seguintes argumentos (fls. 335-336):

Ressalto que os agentes de polícia Viviane Silva Nascimento e Ulisses Damasceno Ferreira, detalharam, em juízo, que, na "Operação Ostentação", foram interceptados vários diálogos em que o réu realizava grande volume de venda direta de drogas para diversos usuários. Por oportuno, valho-me da sentença, a fim de extrair dela trechos das declarações prestadas pelas referidas testemunhas [...]

[...]

Nesse contexto, os depoimentos uníssonos e harmônicos prestados em juízo pelos policiais que participaram da prisão em flagrante do réu, corroborados pelos diálogos interceptados, demonstram a habitualidade do tráfico e a dedicação do réu a atividades criminosas.

Assim, existindo provas de que o réu integra organização criminosa que pratica o comércio de entorpecente em grande escala, dedicando-se à mercancia de drogas com

habitualidade, não há falar na incidência da referida causa de diminuição de pena.

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, as instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram **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, por oportuno, que embora seja certo que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento, ou mesmo de condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado, não possa ser sopesada para exasperar a reprimenda-base – consoante o enunciado na **Súmula n. 444** deste Superior Tribunal –, não há óbice a que tais elementos possam, **à luz das peculiaridades do caso concreto**, ser considerados para 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, **como no caso, a dedicação do acusado a atividades delituosas**.

A matéria, aliás, foi pacificada pela **Terceira Seção** desta

Corte Superior de Justiça que, ao julgar os **EREsp n. 1.431.091/SP** (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro **Felix Fischer**, firmou o entendimento de que: "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".

A mesma compreensão tem sido adotada também pelo **Supremo Tribunal Federal**, conforme precedente abaixo colacionado:

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.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

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.**

3. Os temas atinentes à dosimetria da pena, à substituição por restritiva de direitos e ao regime aberto não foram examinados no Tribunal *a quo*, por isso são insuscetíveis de conhecimento, sob pena de supressão de instância.

4. Habeas corpus conhecido em parte e denegada a ordem nessa extensão.

(HC n. 108.135/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T., DJe 27/6/2012).

No mesmo sentido, há o **HC n. 136.693/DF**, de relatoria do Ministro **Luís Roberto Barroso** (DJe 15/9/2016), em que, monocraticamente, foi mantida a não incidência da minorante a réu com registro de duas outras ações penais em andamento, também relativas a tráfico de drogas, "evidenciando dedicação à prática criminosa".

Ademais, 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 inicial de cumprimento de pena e detração

Não obstante o recorrente haja sido condenado à reprimenda de 8 anos de reclusão e embora fosse tecnicamente primário ao tempo dos delitos, verifico que ele ostenta circunstância judicial desfavorável (tanto que teve a pena-base estabelecida acima do mínimo legal) e que há elementos que demonstram a sua dedicação a atividades criminosas, circunstâncias que, de fato, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Ademais, no que tange à detração, o Tribunal de origem salientou que "o réu está preso há aproximadamente 01 (um) ano e 05 (cinco) meses (preso em flagrante no dia 14/09/2016), de forma que, ainda que se considerasse o tempo de segregação, não seria suficiente para ensejar a fixação do regime inicial de pena mais benéfico" (fl. 339).

Diante de tais considerações, deve ser mantida a imposição do regime inicial fechado.

III. Restituição do veículo apreendido

No que diz respeito à pretendida restituição da quantia em espécie apreendida, faço o registro que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a expropriação de bens em favor da União pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes tem previsão na própria Constituição Federal (art. 243, parágrafo único) e decorre de sentença penal condenatória, conforme regulamentado, primeiramente e de forma

geral, no art. 91, II, do Código Penal e, posteriormente, de forma específica, no art. 63 da Lei n. 11.343/2006.

Assim, uma vez que, no caso, as instâncias ordinárias concluíram que a quantia em espécie apreendida seria proveniente da prática do crime de tráfico de drogas, para concluir-se em sentido contrário, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado em recurso especial, nos termos da **Súmula n. 7 do STJ**.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e no art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo e nego provimento ao recurso especial**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator