



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1864531 - ES (2020/0051221-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
RECORRIDO : ROGERIO ANDRADE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARIANA ARPINI LIEVORE - ES029299

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo respectivo Tribunal de Justiça, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, LEI 11.343/06). ABSOLVIÇÃO. NULIDADE DO FLAGRANTE E DA APREENSÃO REALIZADA. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, §4º). ATO INFRACIONAL ANTERIOR POR TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Diante dos esclarecimentos prestados em juízo e, sobretudo, da confissão parcial do próprio acusado, verifica-se que a diligência dos policiais civis não extrapolou do âmbito de atuação a que estavam legalmente autorizados, não havendo incorrendo em qualquer violação à garantia individual de inviolabilidade do domicílio. Precedentes do STJ.

2. Não fosse o bastante, as circunstâncias da prisão em flagrante delito do recorrente indicam, nos termos do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, que, de fato, comercializava drogas, visto que uma das testemunhas confirmou que no dia dos fatos adquiriu com o acusado no dia dos fatos uma pedra de "crack", apontando, inclusive, de onde tinha saído a droga e que já tinha comprado dele em outras ocasiões.

3. Na Sentença, entendeu-se que o apelado se dedica às atividades criminosas, em razão da condenação anterior em desfavor do paciente por ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas. Contudo, tal circunstância não representa presunção absoluta de que a apelante dedicava-se às atividades criminosas. Reconhecida a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

4. Recurso a que se dá parcial provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, por maioria de votos, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do eminente Relator." (e-STJ, fl. 143).

A defesa aponta negativa de vigência aos arts. 33, §4º, e 42, ambos da Lei 11.343/06; 33, §3º, 44, III, e 59, *caput* e III e IV, todos do CP.

Requer seja reconhecida a impossibilidade da concessão do benefício do tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei de Drogas) diante da dedicação do recorrido às atividades criminosas porquanto possuía inúmeras representações por ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas (e-STJ, fls. 189-205).

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 222-228).

Admitido o recurso (e-STJ, fls. 230-233), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 250-253 (e-STJ).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal merece acolhimento.

Conforme disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, 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 integrem organizações criminosas.

No caso em apreço, o Tribunal *a quo* reformou a sentença de primeiro grau, para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pelos seguintes fundamentos:

"Passando à análise do pedido referente ao reconhecimento da aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 verifico que melhor sorte assiste ao recorrente.

A benesse legal do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, é destinada ao traficante ocasional, assim considerado aquele que cumulativamente "seja .

primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Como se sabe, "a criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe proporcionar uma oportunidade mais rápida de ressocialização" (Renato Brasileiro de Lima, Legislação criminal especial, 2016, p. 756).

No caso em tela, entendo que o apelante faz jus ao benefício. Na Sentença, entendeu-se que o apelado se dedica às atividades criminosas porquanto **possuía inúmeras representações por ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas.**

Revela-se inidôneo o fundamento utilizado pelo magistrado *a quo* para afastar a aludida causa de diminuição. **A prática de ato infracional anterior, ainda que análogo ao delito de tráfico de drogas não representa presunção absoluta de que a apelante dedicava-se às atividades criminosas.** Nesse sentido colho os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Diante dessas orientações e considerando que a quantidade de droga apreendida não foi expressiva, pelo menos a ponto de concluir pela dedicação a atividades criminosas, não há óbice a concessão da benesse ao apelante, na medida em que preenche todos os requisitos previstos no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.

Assim, aplico a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 na fração de 2/3, de modo que a pena definitiva remanescerá em 01 (um) ano, 08 (oito) meses de reclusão.

Reduzo proporcionalmente a pena de multa para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, valorados em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Considerando a quantidade de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "c" do Código Penal, fixo o regime aberto para início de cumprimento da reprimenda.

Cabível a substituição por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal, consistentes em prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e limitação de fim de semana, pelo tempo restante de pena, a serem regulados pelo juiz da execução." (e-STJ, fls. 148-149, grifou-se).

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.

Assim, considerando que um dos requisitos para concessão da benesse é o agente não se dedicar a atividades criminosas, **é certo que o seu envolvimento, quando menor, em inúmeros atos infracionais, inclusive relacionados ao crime de tráfico**, constitui fundamento idôneo apto para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demonstra uma propensão do recorrido a práticas criminosas.

A propósito, os seguintes precedentes:

"[...]

1. Embora atos infracionais não possam ser considerados como maus antecedentes e nem se prestem para induzir a reincidência, inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 quando demonstrado que a paciente praticou, de forma reiterada, diversos atos infracionais, inclusive relacionados ao tráfico de entorpecentes, vez que tais elementos "servem para demonstrar a propensão da agente ao cometimento de delitos dessa natureza" e a sua dedicação a atividades criminosas, deixando de preencher um dos requisitos legais para a incidência do benefício.

2. Ordem denegada."

(HC 121509/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2010.)

"[...]

2. A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

3. Na hipótese, o pretendido redutor foi afastado com fundamento não só na quantidade e na diversidade do entorpecente apreendido mas também na anterior prática de ato infracional equivalente ao tráfico de drogas.

4. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada e a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, desde que apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, tal como na espécie, notadamente diante da manutenção da circunstância judicial negativa na primeira fase da dosimetria. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 488.570/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 23/08/2019)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial, a fim de afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e, consequentemente, restabelecer a sentença de primeiro grau de jurisdição.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 01 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator