



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.489.825 - SP (2014/0276048-7)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : ALEXANDRE MAGNO LOURENÇO DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (63,8 G DE COCAÍNA). ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. DESCABIMENTO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO POR PRESUNÇÃO. ILEGALIDADE. AFASTAMENTO. RECONHECIMENTO. DIREITO. MINORANTE.

1. A comprovação de dedicação a atividades criminosas ou de integração a organização criminosa é ônus da acusação, para fins do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não se podendo impor à defesa a tarefa de produzir prova negativa, ou seja, de que o acusado não se dedica a atividades criminosas nem faz parte de organização da mesma natureza.

2. Para comprovar a dedicação a atividades criminosas ou a integração a organização dessa natureza, não há necessidade de existência de sentença condenatória anterior transitada em julgado, podendo ser provada por outros meios, durante a instrução processual.

3. O acórdão condenatório em nenhum momento afirmou – a partir de dados concretos extraídos do acervo probatório – que o recorrente se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa, mas lastreou sua negativa apenas na presunção ora afastada.

4. Ausente a demonstração, no julgado combatido, de que o recorrente se dedica a atividades criminosas ou integra organização dessa natureza e reconhecida sua primariedade e bons antecedentes, faz ele jus à causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Recurso especial provido para aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e determinar ao Tribunal de origem que proceda a nova dosimetria das penas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de dezembro de 2014 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.489.825 - SP (2014/0276048-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto por **Alexandre Magno Lourenço da Silva**, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 990.08.121573-0.

Consta dos autos que o Tribunal de origem, dando provimento à apelação do *Parquet*, cassou a sentença absolutória e condenou o recorrente às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (63,8 g de cocaína). A defesa opôs embargos de declaração, que foram rejeitados (fls. 279/284).

Alega-se, no recurso especial, a negativa de vigência ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sustentando ser descabido o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem, no sentido de que caberia à defesa provar que o recorrente não se dedicaria ao tráfico. Aduz-se que a prova da dedicação a atividades ilícitas caberia à acusação.

Argumenta-se que *não se pode presumir que o recorrente se dedicasse às atividades ilícitas como meio de vida sem que haja nos autos qualquer certidão relativa a condenações anteriores com trânsito em julgado* (fl. 314).

Suscita-se, também, ofensa ao art. 33, § 3º, do Código Penal, bem como dissenso pretoriano, porque seria descabida a estipulação de regime inicial mais severo, apenas com lastro no caráter hediondo do delito e em fundamentação abstrata.

Pede o provimento do recurso especial, com a aplicação da minorante e a fixação do regime aberto, com a substituição por restritiva de direitos, ou, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caráter subsidiário, o regime semiaberto.

Oferecidas contrarrazões (fls. 349/352), admitiu-se o recurso na origem (fl. 375).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento parcial do recurso, a fim de que seja fixado o regime inicial semiaberto (fl. 401):

Direito Penal. Recurso especial. Crime de tráfico de drogas. Pleito que busca a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a teor da jurisprudência do STJ. 2. O regime fechado para o início do cumprimento da pena não foi fundamentado, pelo que deverá seguir a diretriz prevista no art. 33, § 2º, do CP, estabelecendo-se o regime semiaberto. 3. Tendo sido condenado a pena superior a quatro anos, não atende-se ao requisito do art. 44, I, do CP, sendo inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. 4. Pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nessa parte, pelo parcial provimento, apenas para se impor ao réu o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena. 5. O MPF requer seja dada prioridade no julgamento desse recurso especial, para que se evite a ocorrência da prescrição, que se dará em 30/08/2015.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.489.825 - SP (2014/0276048-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O Tribunal de origem assim afastou a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 165):

[...] não faz jus o réu à causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06, **porque não há prova, cujo ônus incumbia à defesa, de que o réu tenha eventualmente praticado o pernicioso comércio.**
[...]

A redação desse ponto do julgado não é clara. Mas, pelo contexto do acórdão, constata-se que, em outras palavras, negou-se a incidência da causa de diminuição porque a defesa não teria provado que o delito de tráfico pelo qual estava sendo o recorrente condenado seria um incidente eventual – e não rotineiro – em sua vida.

Incorreta, entretanto, a posição adotada pela Corte paulista.

A pena-base do recorrente foi fixada no mínimo e não houve a aplicação da agravante do art. 61, I, do Código Penal. Sendo assim, conclui-se que não possui maus antecedentes nem é reincidente, motivo pelo qual estão atendidos os dois primeiros requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A discussão, portanto, diz respeito ao preenchimento dos outros dois requisitos: não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Para esses dois – ao contrário do sustentado pelo recorrente – não há necessidade de existência de sentença condenatória anterior transitada em julgado, podendo ser provada por outros meios, durante a instrução processual.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. PARTICIPAÇÃO EM ATIVIDADES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. EXIGÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Mostra-se correta a negativa de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 se, conforme afirmado no acórdão impetrado, o paciente se dedicava "à prática criminosa", sendo o chefe do tráfico na comunidade conhecida como "Favela da Luz".

2. Nos termos expressos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, para fazer jus à aplicação da causa de diminuição, o réu deve ser primário, de bons antecedentes, além de não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

3. Embora os dois primeiros requisitos (primariedade e bons antecedentes) exijam sentença condenatória transitada em julgado, **a aferição da dedicação à atividade criminosa ou da participação em organização de igual natureza pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos.**

4. Para desconstituir as premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do acervo probatório, providência descabida em *habeas corpus*.

5. Ordem denegada.

(HC n. 136.334/MG, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 17/10/2011)

Entretanto, a comprovação da dedicação a atividades criminosas ou a integração organização criminosa é ônus da acusação, não se podendo impor à defesa a tarefa de produzir prova negativa, ou seja, de que o acusado não se dedica a atividades criminosas ou não faz parte de organização da mesma natureza.

Constato, portanto, que os requisitos de não se dedicar a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa, no caso concreto, foram, por presunção da Corte de origem, considerados não preenchidos, sob o fundamento de que cabia à defesa o ônus de provar o contrário.

Observe, ainda que o acórdão condenatório em nenhum momento afirmou – a partir de dados concretos extraídos do acervo probatório – que o recorrente se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa, mas lastreou sua negativa apenas na presunção ora afastada. Sendo assim, também esses requisitos devem ser considerados como atendidos, reconhecendo-se ao recorrente o direito à minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial para aplicar a causa de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e determinar ao Tribunal de origem que proceda a nova dosimetria das penas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0276048-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.489.825 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 28491862008826005050 502/2008 50208 990.08.121573-0 990081215730
RI0002NY30000

PAUTA: 02/12/2014

JULGADO: 04/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ALEXANDRE MAGNO LOURENÇO DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.