



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.341.280 - MG (2012/0184238-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : PAULO HENRIQUE ANDRADE
ADVOGADO : JEFFERSON E P NASCIMENTO
RECORRIDO : RAFAELA GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : CLAUDIA MUZZI BRUNHARA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. *RATIO LEGIS*. REINCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE.

1. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 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, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no artigo 33 da mencionada lei federal.

2. A reincidência torna inaplicável da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação legal expressa da concessão desse benefício.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que **é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas**, por estar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

4. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido, no que se refere à aplicação da causa especial de aumento de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e, consequentemente, restabelecer a pena fixada quanto ao delito de tráfico na sentença condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de setembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.341.280 - MG (2012/0184238-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : PAULO HENRIQUE ANDRADE

ADVOGADO : JEFFERSON E P NASCIMENTO

RECORRIDO : RAFAELA GOMES DE OLIVEIRA

ADVOGADO : CLAUDIA MUZZI BRUNHARA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, assim ementado (fl. 391):

PENAL – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – PRELIMINARES – INÉPCIA DA INICIAL – NULIDADE DA SENTENÇA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – USO DE PROVA ILÍCITA – INOCORRÊNCIA – MÉRITO – TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM – ABSOLVIÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – APLICABILIDADE – SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS – PEDIDOS DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO – IMPROCEDÊNCIA – CRIME EQUIPARADO AO HEDIONDO – SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – QUANTUM SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO – RECURSOS PROVIDOS EM PARTE – DE OFÍCIO, CORRIGIDO ERRO MATERIAL DA SENTENÇA E APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. – Não se considera inepta a denúncia que narra com detalhes a conduta imputada aos réus. – O julgamento da causa por juiz diverso daquele que presidiu a instrução não ofende a garantia da identidade física do juiz se o Magistrado titular estava em período de férias individual. – Não se considera prova ilícita, filmagens de investigação policial realizada em via pública e do cumprimento de mandado de busca e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreensão, uma vez que visam demonstrar como ocorreu a operação policial. – A confissão dos acusados e a apreensão de drogas, diante das circunstâncias fáticas e da prova testemunhal produzida, constituem elementos suficientes para inibir os pedidos absolutório e desclassificatório. – Satisfeitos todos os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei nº. 11.343/06, é de se reduzir a pena dos apelantes. – A aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não afasta a natureza hedionda do delito de tráfico ilícito de drogas. – Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, o agente condenado pela prática de crime equiparado ao hediondo deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. – O concurso material entre os delitos de tráfico e associação para o tráfico ilícito de drogas, com o total de pena aplicada superior a quatro anos de reclusão, impede a substituição por reprimendas restritivas de direitos.

Alega o recorrente violação do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que não é possível a sua incidência quando se tratar de réu que se dedique à atividade criminosa.

Requer, ao final, o provimento do recurso "para que seja decotada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (fl. 461).

Apresentadas contrarrazões (fls. 466-468) e admitido o recurso (fls. 476-477), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 491-493).

Autos atribuídos à minha relatoria em 9/9/2013 (fl. 495).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.341.280 - MG (2012/0184238-1) EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. *RATIO LEGIS*. REINCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE.

1. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 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, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no artigo 33 da mencionada lei federal.

2. A reincidência torna inaplicável da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação legal expressa da concessão desse benefício.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que **é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas**, por estar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

4. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido, no que se refere à aplicação da causa especial de aumento de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e, consequentemente, restabelecer a pena fixada quanto ao delito de tráfico na sentença condenatória.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (RELATOR):

Compulsando os autos, verifico que o recorrido Paulo Henrique Andrade foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses, pelo crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e de 3 anos de reclusão, pelo previsto no art. 35 do mesmo Diploma legal, inicialmente no regime fechado. Quanto à recorrida Rafaela Gomes de Oliveira, esta foi condenada à sanção de 5 anos e 3 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico, respectivamente, também inicialmente no regime fechado.

Inconformados com as condenações, em recurso exclusivamente da defesa, a Corte estadual deu parcial provimento ao recurso de apelação para reduzir a pena de ambos os recorridos para 2 anos e 6 meses para o delito de tráfico, amparado no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e manteve, no mais, os termos do fixado na sentença (fl. 410).

Daí a interposição deste recurso especial, por meio do qual busca o Ministério Público o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, porque configurada a participação dos dois recorridos no delito de associação criminosa (art. 35 da Lei de Drogas), o que "pressupõe a estabilidade e a permanência da reunião com fins ilícitos" (fl. 458), a impedir a aplicação do referido benefício.

I.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º 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.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 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, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no artigo 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "a *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (HC n. 202.617/AC, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 20/6/2011).

Por isso mesmo, para a aplicação da minorante em comento,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

II.

Na espécie dos autos, verifico que a Juíza sentenciante entendeu indevida a aplicação da causa especial de diminuição de pena em questão, sob o argumento de que, quanto ao recorrido Paulo Henrique Andrade, "incabível ante a reincidência do réu e sua dedicação à ação criminosa" (fl. 266). Relativamente à recorrida Rafaela Gomes de Oliveira, entendeu "não ser possível sua aplicação, vez que a ré não preenche seus requisitos, já que comprovado nos autos se dedicava a atividade criminosa do próprio tráfico" (fl. 262).

O Tribunal de origem, por sua vez, reformou a sentença, fazendo incidir, no caso concreto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 405-408):

Quanto ao recurso do 1º apelante Éderson e da 3ª apelante, Rafaela, pugnando pela concessão dos benefícios do § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06, com a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito, entendo que assiste razão apenas apelante Rafaela.

No que se refere à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33, da Lei nº. 11.343/06, há que se analisar a ocorrência das condições legais para sua aplicação, quais sejam: 1) primariedade; 2) bons antecedentes; 3) não serem os agentes dedicados a práticas criminosas; e 4) não integrarem os agentes organização criminosa.

Faltando qualquer um desses requisitos, a diminuição da pena, que pode ser de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), não deverá ser aplicada.

Não há nos autos prova alguma do envolvimento dos recorrentes com organização criminosa, apesar de, como já mencionado, estar, a meu ver, devidamente caracterizada a associação para o tráfico ilícito de drogas.

[...]

Por outro lado, melhor sorte assiste a defesa da apelante Rafaela Gomes de Oliveira. A CAC de fls. 75/76 não demonstra ter a apelante maus antecedentes, visto que não possui nenhuma condenação com trânsito em julgado.

No que concerne ao *quantum* de diminuição cabível, em atenção ao artigo 42 da Lei 11.343/06 e artigo 59 do Código Penal, entendo que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a apelante faz jus à fração intermediária.

Isto porque, em que pese a personalidade e a conduta social não poderem ser consideradas como desfavoráveis à agente, a natureza das drogas apreendidas (*crack* e maconha) impede a redução da pena no patamar de 2/3 (dois terços).

A meu ver, considero justa e suficiente a redução da pena pela metade, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Tendo em conta a pena-base fixada, diminuo-a pela metade, concretizando-a em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Quanto ao réu Paulo Henrique Andrade, em que pese a defesa não ter se insurgido quanto à fixação da pena-base e não ter pleiteado os benefícios do § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06, entendo que o apelante faz jus a reparos na r. decisão-primeira.

A MM. Juíza *a quo* fixou a pena-base do acusado em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Contudo, a Lei nº. 11.343/06 inova ao dispor que o Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42).

Neste sentido, entendo que a personalidade e a conduta social de Paulo não lhe podem ser consideradas como desfavoráveis.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, totalizando-a em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Ainda, estendo os benefícios concedidos a corré Rafaela para aplicar a causa especial de redução prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06.

No que concerne ao *quantum* de diminuição cabível, em atenção ao artigo 42 da Lei 11.343/06 e artigo 59 do Código Penal, entendo que o apelante faz jus à fração intermediária.

Isto porque, em que pese a personalidade e a conduta social não poderem ser consideradas como desfavoráveis ao agente, a natureza da droga apreendida (*crack* e maconha) impede a redução da pena no patamar de 2/3 (dois terços).

Desta forma, considero justa e suficiente a redução da pena pela metade, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Tendo em conta a pena-base acima fixada, diminuo-a pela metade, concretizando-a em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, verifico que, na residência do casal Rafaela e outra pessoa, os policiais apreenderam:

uma TV 20 polegadas, marca CCE com controle; um aparelho de som marca Panasonic, modelo AS-AK 180 com duas caixas de som e controle; um DVD Philips com controle; uma caixa de tênis contendo diversos papéis e documentos; um óculos; R\$ 9,30 (nove reais e trinta centavos) em moeda e R\$ 97,00 (noventa e sete reais) em cédulas; **41 pedras de substância embranquecida aparentemente de crack; uma ponta contendo substância semelhante a maconha;** um chip da TIM; dois cartões de memória; um aparelho celular marca Motorola modelo V3 Black com chip da TIM; um cartão magnético da Caixa Econômica Federal em nome de Éderson Luiz Santos Silva e um papel pardo contendo certa quantidade de sementes semelhantes a maconha.

Os laudos toxicológicos preliminares e definitivos acostados às fls. 39/42 e 100/101 comprovaram que as substâncias apreendidas para análise são entorpecentes do tipo crack e maconha.

Quanto ao recorrido Paulo Henrique Andrade, consta do depoimento do agente da Polícia Civil, acolhido pela Juíza, junto com outras provas, para demonstrar sua participação (fls. 254-255):

que para aqueles usuários que não eram considerados de confiança ou do relacionamento dos moradores, a venda era intermediada por Paulo Henrique; que Paulo Henrique ficava no alpendre ou no janela de sua residência e sempre que se aproximava alguém que aparentava ser usuário de droga, ele descia e abordava o usuário; que o próprio Paulo Henrique batia na janela, pegava a droga e entregava para o usuário; que Paulo Henrique recolhia o dinheiro e efetuava o pagamento (...) (...) que a equipe foi até o alpendre e janela e pode ter a exata noção da privilegiada visão de Paulo Henrique para trabalhar como olheiro e intermediador do tráfico.

Diante das circunstâncias apresentadas – deixando claro que os recorridos não ostentam a condição de traficante eventual –, concluo que os acusados integravam organização criminosa ou se dedicavam a atividades delituosas, no caso, ao narcotráfico, o que inviabiliza a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consoante entendimento deste Superior Tribunal, "A apreensão de grande quantidade de entorpecente evidencia que o réu se trata de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminosa, o que impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006. Na hipótese, o Paciente não preenche os requisitos para a redução de pena pretendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça". (HC n. 263.457/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 11/9/2013).

Ademais, uma vez reconhecida a reincidência do recorrido Paulo Henrique Andrade (fl. 266), mostra-se inviável a aplicação, em seu favor, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação legal expressa da concessão desse benefício aos condenados reincidentes.

Ainda assim, cumpre salientar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que **é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas**, por estar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

Nesse sentido, menciono os seguintes julgados:

A condenação pelo delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06 demonstra a dedicação do acusado a atividades ilícitas e à participação em organização criminosa, elementos suficientes para afastar a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da supracitada lei.

(AgRg no ARESP. n. 303.213/SP, rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 5ª T., DJe 14/10/2013).

3. Este Tribunal Superior possui entendimento pacífico de que é inaplicável a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas tipificado no artigo 35 da mesma lei. Incidência do óbice do enunciado 83 da Súmula deste STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 157.178/SP, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 12/6/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista do exposto, **dou provimento** ao recurso especial para afastar a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 da reprimenda dos recorridos Paulo Henrique Andrade e Rafaela Gomes de Oliveira, e consequentemente, restabelecer a pena fixada quanto ao delito de tráfico na sentença condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0184238-1

PROCESSO ELETRÔNICO

**REsp 1.341.280 /
MG**

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10083100004916001 10083100004916002 10083100004916003 49163920108130083

PAUTA: 16/09/2014

JULGADO: 16/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	: PAULO HENRIQUE ANDRADE
ADVOGADO	: JEFFERSON E P NASCIMENTO
RECORRIDO	: RAFAELA GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO	: CLAUDIA MUZZI BRUNHARA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
CORRÉU	: EDERSON LUIZ SANTOS SILVA

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 especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.