

Recurso especial - Penal - Tráfico - Causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 - Inaplicabilidade - Réu também condenado por associação para o tráfico - Não preenchimento dos requisitos legais

1. É inaplicável a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas tipificado no art. 35 da mesma lei. Precedentes da Quinta Turma.

2. Recurso provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.671 - MG (2010/0117937-7) - Relatora: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
Recorrido: Eliezer Lopes Coutinho (preso). Advogados: Marco Tulio Netto Ragazzi e outros.

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: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJPE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 26 de fevereiro de 2013 (data do julgamento). - Ministra *Maria Thereza de Assis Moura* - Relatora.

Relatório

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais com fundamento na alínea *a* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado, assim ementado:

Embargos de declaração - Omissão - Causa de diminuição - Equívoco de vislumbre - Irrelevância - Dedicção à atividade criminosa e associação - Condições que não inviabilizam a benesse - Declaração. - Constatando-se real omissão do acórdão acerca da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei Federal 11.343/06, é de se aclarar a posição, o que objetivamente não modifica em nada o julgado produzido em função do caso concreto. Embargos acolhidos.

Sustenta o recorrente violação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao argumento, em suma, de que a

condenação pelo delito tipificado no art. 35 da mesma lei (associação para o tráfico) impede a aplicação da causa especial de diminuição de pena porque não preenchidos os requisitos legais.

Alega, para tanto, que a associação para o tráfico pressupõe a estabilidade e a permanência da conduta ilícita, o que torna indubitoso que o acusado se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa.

Apresentadas as contrarrazões, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Dispõe o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, apontado como violado:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

[...]

§ 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.

A Lei nº 11.343/06, ao tempo em que conferiu tratamento mais rigoroso aos grandes traficantes e àqueles que se entregam com frequência ao tráfico de entorpecentes, majorando as penas previstas na lei anterior, instituiu uma benignidade modulada em relação ao pequeno traficante que debuta na seara, com a previsão de causa especial de diminuição da pena, desde que cumulativamente preenchidos os requisitos legais.

Assim, não tem aplicação a benesse legal se o réu se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa, aí incluída a hipótese de condenação pelo delito de associação para o tráfico, tipificado no art. 35 da mesma lei, *verbis*:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:

É que a *societas sceleris*, diferentemente das pessoas jurídicas legais, viceja e atua sob o signo da habitualidade, às esconsas, esgueirando-se pela penumbra da ilicitude (conferir, a propósito, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Quadrilha ou bando: crime habitual*. *Boletim IBCCRIM*, n. 185, p. 9-10, abr. 2008).

Assim, ambas as hipóteses pressupõem habitualidade e permanência, sendo, por isso, logicamente incompatível

a redução da pena pelo crime de tráfico se o réu também foi condenado por associação para o tráfico.

Com efeito, sabendo-se que o legislador quis beneficiar o chamado ‘traficante de primeira viagem’, prevenindo iniquidades decorrentes da aplicação de reprimendas semelhantes às daqueles que fazem do tráfico ‘meio de vida’, resta efetivamente inviável a concessão da causa especial de diminuição de pena ao réu também condenado com base no art. 35 da Lei nº 11.343/06, porque evidenciados, em casos tais, a conduta voltada para o crime e o envolvimento permanente com o tráfico.

A propósito do tema, colhe-se na doutrina o seguinte:

[...]

Exige, ainda, a nova Lei que o agente não se dedique a atividades criminosas. Assim, deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltada para o crime.

Por fim, não terá direito à diminuição o agente que integrar organização criminosa. Como a Lei não distinguiu, tanto faz se a organização criminosa é voltada para o tráfico de drogas ou apenas para outros ilícitos. Ambas impedirão a aplicação da causa de diminuição, pois o intuito da Lei é somente beneficiar o ‘pequeno’ traficante, que não possui conduta voltada para o crime e que não esteja envolvido ‘definitivamente’ com o tráfico.

A Lei evidentemente impede que o benefício seja aplicado ao agente condenado pelo crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35. Em primeiro lugar, porque o § 4º somente se refere aos crimes definidos no *caput* e no § 1º do art. 33. Além disso, se o réu também é processado pelo delito de associação, não se pode dizer que não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Ou seja, poderão ocorrer situações, entretanto, em que não estarão comprovados todos os elementos do tipo de associação para o tráfico, como quando é inviável identificar o coautor (recorde-se que o crime de associação de ver praticado por ao menos duas pessoas). Mesmo assim, poderá ser afastada a aplicação do art. 33, § 4º, desde que se demonstre por outros meios que o agente se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa [...] (MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012, p. 122).

Não é outro o sentido do posicionamento adotado no âmbito da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu que a condenação pelo delito tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343/06 constitui circunstância hábil a denotar dedicação às atividades criminosas e integração à organização criminosa, de modo a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 à minguada do preenchimento dos requisitos legais.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental no recurso especial. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de drogas. Condenação por ambos

os crimes ocorrida nas instâncias ordinárias. Ausência de incursão em matéria fático-probatória. Impossibilidade da aplicação da minorante quando reconhecida a autoria do crime de associação para o tráfico. Precedentes desta Corte Superior. Agravo regimental desprovido.

1. Não é cabível a aplicação da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 quando ocorrer a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas. Precedentes.

2. Mostra-se manifestamente infundada a tese sustentada pela Defesa de que o exame do recurso especial esbarraria na Súmula nº 07/STJ.

Ora, os acusados foram condenados por associação para o tráfico.

Assim, comprovada no acórdão recorrido a prática do crime, o qual sequer foi impugnado pela Defesa, é possível o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sem necessidade de reexaminar as provas dos autos.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1292271/MG, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 18.09.2012, DJe de 26.09.2012).

[...] Causa de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Pretendida aplicação. Condenação pelo art. 35 da Lei de Drogas. Dedicção a atividades delituosas e participação em organização criminosa. Requisitos subjetivos. Não preenchimento. Indeferimento da minorante justificado. Ilegalidade não demonstrada.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei nº 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício para reduzir a pena-base, restando a reprimenda do paciente definitiva em 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 866 (oitocentos e sessenta e seis) dias-multa, por infração aos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06 (HC 235.524/ES, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 26.06.2012, DJe de 01.08.2012).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar a causa de diminuição de pena aplicada pelo Tribunal a quo.

É o voto.

Certidão

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

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.”

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira

(Desembargadora Convocada do TJPE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.
Brasília, 26 de fevereiro de 2013. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 06.03.2013.)

...