

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.342.363 - MG  
(2018/0204785-8)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**AGRAVADO : EDSON FERREIRA DE SOUZA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**DECISÃO**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS** agrava da decisão que inadmitiu o recurso especial de fls. 392-410, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais** na Apelação Criminal n. 1.0024.16.062000-1/001.

Consta dos autos que o réu foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a acusação aponta violação dos arts. 33, *caput*, § 4º, e 42 da Lei n. 11.343/2006; 33, § 3º, 44, III, 59, *caput*, III e IV, do Código Penal, por considerar que existem elementos de convicção suficientes a impedir o reconhecimento da minorante prevista na Lei de Drogas, pois o acórdão permite inferir a dedicação do réu a atividades criminosas. Aduz, ainda, ser necessária a revisão do regime inicial de cumprimento da pena para o fechado.

Requer o provimento do recurso, para que "decotada do recorrido a minorante do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que foi equivocadamente mantida no acórdão recorrido, redimensionando a apenação final, reconhecendo-se, ainda, o caráter hediondo do crime atribuído ao recorrido" (fl. 409).

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal de origem (fls. 424-425), o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial (fls. 428-447).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo e não provimento do recurso especial.

**Decido.**

## **I. Admissibilidade**

O agravo é tempestivo e **preencheu os demais requisitos de admissibilidade.**

Quanto ao recurso especial, observa-se o mesmo. Com efeito, a minorante e o regime inicial de cumprimento da pena foram tratados pelo acórdão, a **evidenciar o prequestionamento da matéria.** Além disso, o recurso apresenta **argumentação suficiente** para permitir a compreensão da tese, e a sua apreciação **prescinde de revolvimento do contexto fático-probatório dos autos.**

## **II. Contextualização**

A Corte estadual negou provimento ao apelo da acusação, bem como reduziu, de ofício, a pena-base, mantendo a fração da minorante e o regime inicial de cumprimento da pena sob a seguinte motivação (fls. 359-361, destaquei):

### **- DA PENA**

Neste ponto, insurge-se órgão ministerial quanto à pena-base fixada, pretendendo a sua majoração.

Data venha, não só não há possibilidade de exasperá-la, como se faz necessário a sua redução, senão vejamos.

No tocante à culpabilidade entendo que inexistem elementos que autorizem um maior juízo de censura acerca de sua conduta que extrapole aquele inerente à prática do delito em testilha. A "nocividade da substância apreendida", a meu ver, não se mostra passível de negatificação da culpabilidade.

Ainda que se cogitasse na consideração desta nos ditames do art. 42 da Lei 11.343/06, fato é que esta somente pode ser realizada por uma vez, sob pena de se incorrer em *bis in idem*, conforme já decidido, inclusive, nos Tribunais Superiores.

Assim, esta circunstância deve ser avaliada positivamente.

O acusado não registra antecedentes, conforme já exposto em primeiro grau.

No que concerne à personalidade e à conduta social, considerando inexistir prova de que tenha sido realizada qualquer avaliação técnica a respeito – conforme meu entendimento acerca desta circunstância judicial alhures

explicitado –, descabida sua avaliação negativa.

Os motivos não foram considerados em desfavor do acusado pelo magistrado e devem ser valorados em favor do réu, já que o "lucro fácil" é inerente ao tipo penal.

Quanto às circunstâncias, totalmente normais à espécie, já que a droga fora apreendida no interior da sua residência, sem indícios de que estava ele, naquele momento, praticando a mercancia ilícita.

As consequências são igualmente normais à espécie.

O comportamento da vítima saúde pública, deve ser considerado neutro, não podendo, portanto, ser utilizado em desfavor do apelante.

Assim sendo, tendo em vista que todas as circunstâncias do art.59 do CP são favoráveis ao apelante, **deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.**

Na segunda, fase inexistente a sustentada atenuante da confissão, e, ainda, que restasse configurada, não poderia ser aplicada, com base no que dispõe a Súmula n.º 231 do STJ.

Na terceira e última fase, não assiste razão à Defesa e nem mesmo ao *parquet*.

**Quanto ao decote da minorante, tenho entendimento firmado no sentido de que a dedicação a atividades criminosas somente se configura com a existência de condenação transitada em julgado em desfavor do apelante, o que, no presente caso, não ocorre. Vale acrescentar, ainda, que não há relatos dos milicianos no sentido de que o acusado era conhecido no meio policial como traficante de drogas.**

Assim, a minorante deve ser mantida, não sendo possível, por outro lado, a aplicação da fração máxima de redução, como pretende a douta Defesa, **levando-se em conta que a quantidade de droga apreendida (240g) não permite, mostrando-se proporcional e adequada a aplicação da fração mediana (1/2).**

**Destarte, concretiza-se a reprimenda em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 225 (duzentos e vinte e cinco) dias-multa, mantendo-se a pena pecuniária no patamar imputado em primeiro grau, evitando-se a malfadada *reformatio in pejus*.**

**O regime de cumprimento de pena deve ser mantido no aberto, com fulcro no que dispõe o art. 33, § 2º, "c" e "b", do CP, bem como no princípio da**

**individualização da pena, o qual, diversamente do que sustenta o órgão ministerial, autoriza a fixação de regime diverso do fechado nos casos de tráfico de drogas.**

Constata-se que, aplicado o disposto no art. 387, § 2º, do CPP, em primeiro grau, fora o regime progredido para o aberto, o que também se mantém.

Feito esse registro, passo ao exame da tese recursal.

**III. A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006**

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que 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: "*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" (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T, DJe 14/4/2014).

No caso, o acusado era tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, e ainda, **a Corte estadual entendeu cabível a aplicação da referida minorante, por reputar ausentes provas de sua dedicação habitual ao tráfico de drogas.**

Dessa forma, não identifico nenhuma ilegalidade no ponto em que, **fundamentadamente**, foi concedida ao agravado a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Para entender de modo diverso e afastar a conclusão de que o réu se dedicaria a atividades delituosas, **imprescindível o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal**, providência essa vedada na via do recurso especial, conforme o enunciado da Súmula n. 7 desta Corte Superior.

#### IV. Regime prisional inicial

A gravidade abstrata e a hediondez do crime de tráfico de drogas não justificam a imposição de modo inicial de cumprimento mais gravoso. Aliás, **a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 já foi declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal há mais de 6 anos** (HC n. 111.840/ES, julgamento ocorrido em 27/6/2012).

Desse modo, consoante bem delineado pelo Tribunal de origem, **não existem elementos concretos que, efetivamente, evidenciassem a necessidade de agravamento do regime.**

Ademais, verifico haver sido o regime aberto determinado após a **detração do período de prisão preventiva do acusado (fl. 197 e fl. 361), o que deve ser mantido nos termos já referendados pelo acórdão.**

#### V. Execução imediata da pena

Por fim, ante o esgotamento das instâncias ordinárias – como no caso –, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **ARE n. 964.246**, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a **execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação**, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

#### VI. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, IV, "a", do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

Em tempo, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para a imediata execução da pena caso o agente não a esteja cumprindo atualmente.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator

