AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.649 - MG (2019/0019124-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	ARTHUR JOSE DE SOUZA
ADVOGADO	:	PEDRO NOGUEIRA DA SILVA - MG037476N

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o réu foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) e condenado às penas de 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão, em regime semiaberto, além de pagamento de 571 dias-multa, conforme a sentença de fls. 393-400.

A defesa interpôs apelação, pleiteando a absolvição ou a desclassificação da conduta, a fixação da pena-base no mínimo legal e a redução da pena pela aplicação da causa de diminuição, o afastamento da hediondez do delito e a conversão da pena corporal.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, conforme a seguinte ementa:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4° DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06 - APLICABILIDADE - ABRANDAMENTO DO REGIME - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - HEDIONDEZ - AFASTAMENTO - POSSIBILIDADE. Havendo comprovação da materialidade e da autoria do crime de tráfico de drogas, não há como acolhera pretensão defensiva de absolvição por insuficiência de provas ou de desclassificação do crime para o de porte de droga para consumo próprio. Tratando-se de agente primário, sem antecedentes e não havendo nos autos provas suficientes de que se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, faz jus à minorante prevista no artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/2006. É possível o abrandamento do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade e a sua substituição por restritivas de direitos, notadamente quando reconhecida a referida causa especial de diminuiç ão de pena.*
>
> *Tendo o Superior Tribunal de Justiça, corte com*

> *atribuição constitucional para uniformizar a jurisprudência e interpretar lei federal de natureza infraconstitucional, firmado entendimento de que o tráfico ilícito de drogas:- na -sua forma privilegiada (adt -33.- § 4°,- da Lei 11.343/2006) não é equiparado a hediondo, cancelando, por conseguinte, a Súmula 512 (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016), alinhando a sua orientação àquela emanada no Habeas Corpus n. 118.533/MS do Supremo Tribunal Federal, hei por bem, ressalvado meu entendimento, afastar a hediondez do "tráfico privilegiado"* (fl. 487).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 519-526).

Na sequência, a acusação interpôs o recurso especial, no qual alega violação dos arts. 33, § 4º, e 42 da Lei n. 11.343/2006, 33, § 2º, "b", e § 3º, 44 e 59 do Código Penal - CP.

Sustenta, em síntese, que o réu dedicava-se de forma habitual no tráfico, sendo que *"conforme restou consignado no aresto guerreado, toda a droga encontrada na residência do ofendido, a saber, 30.629 de cocaina (em forma de crack) e 42,44g de cocaína (em pó), além da balança de precisão, papel filme para embalagem de droga e rádios comunicadores (fls. 412v/413), se destinavam à traficância"* (fl. 543).

Assevera que a grande quantidade da droga e petrechos demonstram o profissionalismo no tráfico de drogas, pois *"o próprio decisum guerreado elencou fatos que atestam que o recorrido dedicava-se habitualmente à prática do tráfico ilícito de entorpecentes"* (fl. 553), a teor das circunstâncias da prisão em flagrante e da renda obtida com o comércio ilícito.

Alega que deve ser modificado o regime mais brando concedido ao réu, e afastada a conversão da pena corporal.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

Contraminuta às fls. 612-632. O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial (fls. 643-656).

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo em recurso especial, visto que atacado o fundamento da decisão agravada.

O recurso merece provimento.

De início, registra-se que a pretensão recursal não encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7 desta Corte, porquanto cuida-se a hipótese de revaloração do conjunto fático-probatório dos autos. A propósito:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. JÚRI. CONEXÃO. REEXAME E REVALORAÇÃO DE PROVAS. DISTINÇÃO.*
>
> *I - A revaloração da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica o vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes).*
>
> *[...]*
>
> *Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido* (REsp 979.639/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1º.9.2008).

Com efeito, observa-se que na terceira fase da dosimetria, o Tribunal de origem aplicou a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob os seguintes fundamentos:

> *É que, consoante certidão de antecedentes criminais juntada aos autos (f 280), Arthur é primário e não possui qualquer outro registro criminal. Do mesmo modo, a quantidade de droga apreendida (30,62g de crack e 42,44g de cocaína - Laudo de f. 17), não se mostra exorbitante a ponto de indicar, de maneira inequívoca, que o apelante se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, inclusive, nenhum dos policiais afirmou que já o conhecia de outras ocorrências.*
>
> *Aliás, o condutor Ronaldo asseverou que "antes das investigações o depoente não tinha conhecimento do envolvimento do réu com tráfico de droqas; que até o fechamento de seu relatório investigativo não teve conhecimento de que o réu seria membro de associação criminosa". Do mesmo modo, consta do relatório de investigações (f. 77-82) que o acusado vinha sendo investigado há três semanas e, antes disso, não havia registros policiais em seu desfavor, sendo 'seu envolvimento com quadrilhas ou grupos criminosos desconhecido desta unidade'í Destarte, tenho que faz jus à aludida minorante.*
>
> *Como se sabe, ao estabelecer a possibilidade redutora da pena, o legislador não definiu os critérios sobre o quantum a ser aplicado, mas, na ausência de outro elemento norteador, tem-se entendido, de um modo geral, que deve ser observado o preceito secundário do artigo 42 da Lei 11.34312006, que disciplina que, na fixação das penas, o Juiz considerará, com preponderância à análise das circunstâncias judiciais, a natureza e quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente* (fls. 498-499).

Ao que se tem, a Corte de origem reconheceu a incidência da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, à conclusão de que o ora agravante não se dedica à atividade criminosa e não integra organização criminosa, embora tenha sido apreendida considerável quantidade de drogas (crack e maconha), juntamente com balança de precisão e embalagens usadas no tráfico, além de R$ 1.600,00 em espécie (fl. 397).

Nesse contexto, ao contrário do entendimento do acórdão recorrido, *"Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas, aliadas às circunstâncias em que ocorreu o delito, evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes"* (HC 306.019/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/6/2016). No caso, além da variedade das drogas, foram encontrados com o réu apetrechos destinados ao tráfico e foi constatado se tratar de ponto de venda de drogas. Assim, não estão preenchidos os requisitos para a diminuição da pena na terceira fase da dosimetria, diante das circunstâncias em que cometido o crime. No mesmo sentido, a propósito:

> *PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INOCORRÊNCIA. PRÁTICA DE ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*
>
> *[...]*
>
> *4. Hipótese em que o Tribunal de origem justificou o quantum de exasperação da pena-base, em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (30 buchas de maconha, 2,286kg de pasta base para cocaína, 599g de maconha, 18g de farelo de crack e maconha, 28g de crack). Descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, porque a fixação da fração fundou-se em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.*
>
> *5. Para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher*

cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

7. No caso, o Tribunal a quo afastou a incidência da minorante por entender que a paciente se dedicava à atividade criminosa, diante da quantidade de drogas apreendidas e da confissão de que realizava a traficância há 1 ano.

8. A diversidade de entorpecentes justifica a fixação de regime mais severo, nos termos dos arts. 33 e 59 do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

9. Habeas corpus *não conhecido* (HC 344.032/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 15/3/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE EXASPERADA PELA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM BASE NA DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO BASEADO NA NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

***1.** Em se tratando de crime de tráfico de drogas, o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. Na hipótese, a pena-base do acusado afastou-se do mínimo legal devido à natureza do entorpecente apreendido.*

***2.** A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.*

***3.** No caso dos autos, a Corte local, mediante aprofundado exame do acervo fático-probatório dos autos, manteve o acórdão que reformou a sentença para excluir a benesse por entender que o recorrente se dedicava à atividade criminosa em razão da quantidade de drogas (770,67g de cocaína), que, aliada às demais circunstâncias que envolveram o delito - apreensão de uma balança de precisão, uma faca, uma tesoura, uma colher e diversas sacolinhas plásticas comumente utilizadas para embalar drogas - evidencia a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, embasaram o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.*

***3.** Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em virtude da natureza das drogas*

apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do recorrente a atividades criminosas, que restou evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, com destaque para a expressiva quantidade de entorpecente apreendido.

4. *De igual forma, não se verifica a ocorrência de bis in idem em razão da adoção do regime fechado. A fixação do regime prisional não se insere no âmbito da dosimetria da pena, cujos critérios são os definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal; enquanto que o regime vem regulado pelo artigo 33 do mesmo diploma legal.*

5. *No caso, a Corte local, justificou o regime mais rigoroso para o cumprimento da pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão em razão da natureza e quantidade do entorpecente apreendido, não havendo, portanto, ilegalidade a ser sanada.*

6. *Agravo regimental desprovido* (AgRg nos EDcl no AREsp 1.222.516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/10/2018).

Portanto, merece reforma o acórdão recorrido.

Passo, então, ao redimensionamento da pena do recorrente.

Conforme o acórdão recorrido, mantenho na primeira fase a pena-base em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão, além de pagamento de 571 dias-multa; na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, fixo a pena no mesmo patamar de 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão e 571 dias-multa.

Na terceira etapa, ausentes causas de aumento e afastada a causa de diminuição, a pena definitiva se concretiza em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão e 571 dias-multa.

Noutro ponto, levando em consideração o *quantum* de pena e variedade e quantidade das drogas (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), restabeleço o regime inicial semiaberto.

Quanto à substituição da pena, além do *quantum* da pena, a natureza da droga potencialmente lesiva também justifica a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, porquanto as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição, de modo que não foram preenchidos os requisitos do art. 44, I e III, do Código Penal. A propósito, cito o precedente:

HABEAS CORPUS *SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE*

ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, a natureza da droga apreendida – cocaína – constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a sua quantidade – 24g – revela a necessidade de adequá-lo para a proporcional fração de 1/3, redimensionando-se a pena do paciente.

4. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. No caso dos autos, considerando que a pena foi fixada em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mas tendo em vista que o redutor foi aplicado em apenas 1/3, por conta da natureza da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

6. Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

7. Contudo, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso - a natureza da droga apreendida - não recomenda a substituição.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial semiaberto (HC 360.233/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26.8.2016).

Diante do exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso para afastar a causa de diminuição, restabelecer as penas e o regime inicial semiaberto fixados

na sentença, bem como afastar a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator