RECURSO ESPECIAL Nº 1.633.855 - MG (2016/0280122-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	CARLOS HENRIQUE FREITAS DE SOUZA
RECORRIDO	:	RODRIGO APARECIDO LOMEU DE CARVALHO
ADVOGADO	:	FERNANDA COSTA DE CASTRO - MG107389N

DECISÃO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** (Apelação Criminal n. 1.0145.13.017136-9/001).

Consta dos autos que os ora recorridos foram condenados, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público aponta violação dos arts. 33, 4º, e 42, ambos da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que há diversos elementos nos autos, reconhecidos expressamente pela Corte de origem, que evidenciam a dedicação dos réus a atividades criminosas, o que impede a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Na sequência, menciona que foram violados os arts. 33, § 3º, 59, III, ambos do Código Penal e 2º, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.072/1990, porque: a) o tráfico "privilegiado", assim entendido aquele em que incide a referida minorante, é delito equiparado a hediondo; b) é devida a imposição do regime inicial fechado, por expressa disposição legal; c) as circunstâncias do caso concreto evidenciam ser necessária a fixação do regime inicial mais gravoso.

Requer o provimento do recurso, para que seja afastada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e fixado o regime inicial fechado.

Decisão de admissibilidade às fls. 619-620.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo

conhecimento parcial do recurso e, nessa extensão, pelo seu provimento.

Decido.

I. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

A Corte estadual manteve a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com base nos seguintes argumentos (fl. 475):

> A priori, destaca-se que o requisito objetivo, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, de "não se dedicar às atividades criminosas", é mero corolário dos bons antecedentes e da primariedade.
> [...]
> Nesse passo, analisando-se as certidões de fls. 60-61 e 66-67, verifica-se que os réus são primários e, considerando-se o princípio da presunção de inocência, não se pode concluir que eles se dedicavam a atividades criminosas.
> Sendo assim, deverá ser aplicada em seu benefício a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Faço lembrar que, para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

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, conforme reconhecido, expressamente, pelo acórdão recorrido, houve a apreensão de 483,79 g de cocaína, além de vários objetos utilizados para a preparação e o comércio de substâncias ilícitas – insumos em geral, produtos que podem ser utilizados no preparo de substâncias entorpecentes, balança de precisão, caderno contendo anotações sobre contabilidade do tráfico, invólucros plásticos para embalar droga –, circunstâncias que, somadas, evidenciam a **dedicação dos réus a atividades criminosas**, notadamente ao narcotráfico, porquanto reveladoras de que não se trata de traficantes ocasionais. Ainda, consta do acórdão recorrido que o acusado Rodrigo Aparecido também "participava do esquema de venda de drogas na região, utilizando-se, para tanto, de um 'disque-drogas', o qual recebia encomendas pelo telefone" (fl. 469).

Portanto, considero que, de fato, as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizam com a posição de quem não se dedica, **com certa frequência e anterioridad**e, ao tráfico de drogas.

Assim, deve ser provido o recurso do Ministério Público nesse ponto, a fim de afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em relação a ambos os réus. Consequentemente, **não há falar em ausência do caráter hediondo** do delito perpetrado.

Por fim, apenas *ad cautelam*, ressalto que a conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a **revaloração** de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao artigo de lei apontado como violado.

Deve, por conseguinte, ser realizada a nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, a reprimenda-base de ambos os réus ficou estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa (fls. 476-477. Na segunda etapa, não há nenhuma agravante ou atenuante. Na terceira fase, não há nenhuma causa de aumento ou de diminuição, motivo pelo qual fica a sanção de cada um dos réu definitivamente estabelecida em **5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.**

II. Regime inicial de cumprimento de pena

Sobre o regime de cumprimento da reprimenda, faço lembrar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, uma vez que os réus tiveram a pena-base fixada acima do mínimo legal, foram condenados a reprimenda superior a 4 anos de reclusão, e porque foram apreendidos 483,79 g de cocaína e há elementos concretos nos autos que evidenciam a dedicação a atividades criminosas, considero ser devida a imposição do **regime inicial fechado** de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

III. Execução provisória 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.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e no art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial**, para: a) afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e, por conseguinte, elevar a reprimenda de cada um dos réus para 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa; b) reconhecer o caráter hediondo do delito perpetrado, com os consectários daí

decorrentes; c) fixar o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

Determino, outrossim, o envio de cópia dos autos ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG (juízo da condenação) para que encaminhe a guia de recolhimento ao juízo da VEC, a fim de dar início a execução da pena imposta aos ora recorridos. A determinação deverá ser desconsiderada, caso os réus cumpram, atualmente, a reprimenda.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**