

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.551.323 - MG (2019/0226936-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MAYCON SILVA DE ALMEIDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça daquela unidade federativa.

Nas razões do recurso especial, sustenta o recorrente violação dos artigos 33, *caput*, § 4º, 42 e 44, da Lei n. 11.343/2006; 2º, *caput*, da Lei n. 8.072/90; 33, § 3º, 44, inciso III, e 59, *caput* e incisos III e IV, do Código Penal; e 1.025 do CPC c.c 3º do CPP.

Alega ser incabível a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, "porquanto o réu tinha em depósito quantidade de drogas equivalente a 3,8 kg de maconha (três quilos e oitocentos gramas), evidenciando a dedicação do recorrido à atividade criminosa, pois é sabido que as pessoas não se iniciam na traficância movimentando grande volume de tóxicos" (e-STJ, fl. 319).

Argumenta que "a Corte Estadual de Justiça desconsiderou que o § 3º do art. 33 do Código Penal determina que a fixação do regime inicial far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do Estatuto Repressivo (*caput* e inciso III), que, no caso em tela, deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 42 da Lei de Tóxicos (que determina a preponderância da natureza e da quantidade de droga na fixação das penas)." (e-STJ, fl. 329)

Destaca que "No que atine à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a Câmara Julgadora também desconsiderou os requisitos previstos no artigo 44, inciso III, do Código Penal Pátrio." (e-STJ, fl. 332)

Requer, assim, "sejam decotadas a minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos concedidas ao recorrido, bem como mantida a hediondez do delito, para todos os fins de direito." (e-STJ, fl. 341)

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 345-352).

O recurso não foi admitido (e-STJ, fls. 354-358).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e pelo provimento do presente agravo, para que o reclamo nobre tenha regular seguimento quanto à violação do art. 42 da Lei nº 11.343/06 e dos arts. 33, § 3º, 44 e 59, todos do Código Penal. (e-STJ, fls. 398-406).

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O Tribunal de origem manteve a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em acórdão assim fundamentado:

"Defende o órgão acusatório que diante da quantidade de

entorpecentes apreendidos na residência do acusado, qual seja, 3,8kg (três quilogramas e oitocentos gramas) de maconha, não poderia ter sido reconhecida em seu favor a minorante prevista no do art. 33 da Lei 11.343/06.

Pois bem. Segundo se extrai § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, para que o agente seja premiado com a causa obrigatória de redução de pena, precisa atender cumulativamente a quatro diretrizes legais: não ser reincidente, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Especificamente quanto ao requisito "não se dedicar a atividades criminosas", a doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente encontrar-se desempregado e na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico (balança de precisão, prensa, etc.).

A quantidade, a variedade e a forma como a droga é encontrada, com materiais de endolação, bem como a circunstância de serem apreendidos em poder o agente rádio transmissor, celular, caderneta de anotações ou outros apetrechos relacionados ao comércio profissional de drogas ilícitas, também constituem critérios utilizados para definir se o acusado é dedicado às atividades criminosas e estava praticando, de forma reiterada, o tráfico de drogas.

[...]

Conclui-se, portanto, que o referido benefício deve ser aplicado àquele que participa de maneira eventual, esporádica, sem grande intuito lucrativo e sem proximidade a grupos encarregados de atividade criminosa.

E, na hipótese em análise, entendo ser exatamente esta a situação do acusado, o qual, a toda evidência, não vivia do tráfico de drogas, haja vista trabalhar, desde 01/03/2016, com carteira assinada, junto à empresa Colabore Administração e Serviços Ltda..

Ademais, **os dois Policiais Militares ouvidos em juízo** afirmaram nunca terem ouvido falar do envolvimento do acusado com o tráfico de drogas, pelo que **acreditam que ele, de fato, estaria guardando o material apreendido para outrem.**

Nesse contexto, **embora tenha sido apreendida na residência de MAYCON significativa quantidade de maconha, entendo que tal circunstância, por si só, não comprova sua dedicação a atividades criminosas, tudo estando a indicar, na verdade, ter sido esta a primeira vez que o acusado se envolve na prática de delitos.**

Destarte, ao contrário do defendido pelo órgão acusatório, entendo fazer jus o acusado à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas." (e-STJ, fls. 260-262; sem grifos no original)

Nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

O entendimento desta Corte é de que a mencionada norma tem como objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe

Superior Tribunal de Justiça

20/8/2015).

Tem-se decidido também que, na falta de parâmetros legais, a quantidade de droga apreendida, dentre outras circunstâncias do delito, pode servir para a definição do patamar de redução – de um sexto até dois terços – e para impedir a aplicação do referido benefício quando evidenciar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese, segundo se observa, a referida minorante foi aplicada em favor do recorrido, porque **não há comprovação** de sua reiteração delitiva.

Assentado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, que inexistente prova da dedicação do réu em atividades criminosas, a alteração desse entendimento enseja o revolvimento do conteúdo probatório dos autos, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

Nesse sentido:

"[...] É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de averiguar os requisitos legais para incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena e o percentual a ser fixado. Óbice do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte" (AgRg no AREsp 744.179/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 23/10/2015)

"[...] A decisão agravada está em absoluta conformidade com a massiva jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de que aferir a dedicação a atividades criminosas, para o fim de negar ou deferir o redutor da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, demanda o revolvimento de fatos e provas o que é terminantemente vedado pela Súmula 7." (AgRg no AREsp 644.360/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 17/11/2015.)

No tocante ao regime prisional e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, razão assiste ao recorrente.

A Corte de origem assim consignou sobre os temas:

"Como visto, insurge-se o recorrente quanto a pena-base fixada na sentença. Ocorre que, considerando-se o *quantum* de droga apreendido, dispondo o art. 42 da Lei 11.343/06 que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente", entendo ter sido correta a fixação da pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 584 (quinhentos e oitenta e quatro) dias-multa.

[...]

Finalmente, ausentes majorantes a serem valoradas e fazendo jus o réu à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, torno definitiva a reprimenda em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias -multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo cada.

E, reconhecida em favor do acusado a referida minorante, entendo

Superior Tribunal de Justiça

dever ser reformada a sentença no que se refere à fixação do regime fechado para o início do cumprimento de pena e à vedação de substituição da pena corporal imposta por restritivas de direitos.

Explica-se.

Até pouco tempo entendia-se que a simples presença da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não afastava a natureza hedionda do crime de tráfico de drogas. A propósito, eis o teor da Súmula nº 512 do STJ:

"A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas".

Contudo, em recente decisão, proferida quando do julgamento do Habeas Corpus (HC) 118533, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entendeu que o chamado tráfico privilegiado, no qual as penas podem ser reduzidas, por força da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

E, afastada a hediondez do delito, para o exercício da garantia da individualização da pena, princípio assegurado no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, torna-se cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, bem como a fixação de regime prisional mais brando para o início do cumprimento da reprimenda, observado o art. 33 do CP.

Assim, diante do *quantum* de pena fixado e das circunstâncias pessoais do acusado, substituo a pena corporal imposta por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços a comunidade, em local a ser definido pelo juiz da execução, e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo; permitindo-se, em caso de descumprimento injustificado das medidas impostas, o cumprimento da pena em regime aberto." (e-STJ, fls. 262-264)

A identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, deve ser feita **motivadamente** pelo julgador, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado pelo delito de tráfico de drogas serão aferidas com preponderância, sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

In casu, embora o ora recorrido seja primário e a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o **adequado** para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade de droga apreendida (**3,8kg de maconha**), na primeira fase da dosimetria.

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE.

Superior Tribunal de Justiça

SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sufragado o entendimento de que, embora a sanção final seja inferior a 4 anos de reclusão e o réu seja primário, a existência de circunstância judicial desfavorável, concretamente motivada, justifica a fixação de regime inicial semiaberto e o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1395738/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 25/09/2018)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA DA LEI ANTIDROGAS. FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE DA DROGA. ACRÉSCIMO JUSTIFICADO. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado (HC 408.808/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 11/10/2017). 2. Mantido o quantum da pena, inferior a 4 anos, e presente uma circunstância desfavorável, art. 42 da Lei de Drogas, cabível o regime semiaberto, a teor do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal - CP e vedada a substituição de pena privativa por restritiva de direitos.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1707070/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 03/10/2018)

Do mesmo modo, não se pode deixar de considerar que a significativa quantidade de droga apreendida revela a maior reprovabilidade das circunstâncias do delito, o que impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (art. 44, III, do CP).

Por oportuno:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NATUREZA DA DROGA VALORADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL.

I - "É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão (in casu, 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33,

Superior Tribunal de Justiça

parágrafos 2º e 3º, do Código Penal" (HC n. 362.559/RS, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 12/9/2016).

II - Desse modo, considerada a pena final aplicada (3 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão) e a valoração negativa da droga apreendida, o regime inicial adequado é semiaberto.

III - "Quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal" (HC n. 217.567/RJ, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 25/6/2012) Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1687108/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 11/10/2017)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. MINORANTE. APLICAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE.

1. O pedido de desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 demandaria imprescindível reexame dos elementos fático-probatórios dos autos. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

2. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta o estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada no sentido de que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas constituem fundamento idôneo para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

4. No caso, o agravante foi condenado à pena privativa de liberdade de 3 anos e 7 meses de reclusão e o regime semiaberto sustenta-se em fundamento concreto, qual seja, a quantidade (3,5 Kg) de maconha apreendida. A mesma razão legitima a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 972.482/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018)

Por fim, cumpre anotar que o Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, no exame do HC n. 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, de relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA, passou a entender que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda", conforme ementa a seguir transcrita:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE.

Superior Tribunal de Justiça

HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.
2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.
3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.
4. Ordem concedida."

(STF, HC 118.533, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 23/6/2016, DJe 16/9/2016).

A Terceira Seção no julgamento da PET 11.796/DF em 23/11/2016, teor publicado em DJe 29/11/2016, decidiu acompanhar entendimento exarado no julgamento do HC 118.533/MS, em 23/6/2016, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, decidindo que o tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não pode ser considerado delito de natureza hedionda. Tendo, inclusive, revisado tema anteriormente decidido sob o rito dos recursos repetitivos nesta Corte Superior e cancelado a Súmula 512/STJ.

Confira-se ementa abaixo:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).
2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial

Superior Tribunal de Justiça

Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016)

No ponto, tendo o acórdão impugnado decidido a matéria em consonância com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, incide o enunciado n. 83/STJ.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b" do RISTJ, **conheço** do agravo para **conhecer parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe parcial provimento** para fixar o regime prisional semiaberto e afastar a substituição da pena privativa de liberdade.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator