



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1460994 - MG (2019/0068668-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ  
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
AGRAVADO : MARCIO LUIZ ALVES DOS SANTOS (PRESO)  
ADVOGADO : JOÃO CLEYSON BASILIO DA SILVA - GO048695N

### EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. **93KG DE MACONHA**. MINORANTE. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 7 DO STJ. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE DE DROGAS. UTILIZAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N.º 211 DO STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

### DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, contra a decisão do Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa que inadmitiu recurso especial, fundamentado no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, manifestado contra o acórdão prolatado na Apelação Criminal n.º 1.0344.16.005181-1/001.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravado às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006 (93kg de maconha). Houve apelação somente defensiva, a que o Tribunal de origem deu parcial provimento, por maioria, a fim de aplicar a minorante do tráfico privilegiado, na fração de 1/6 (um sexto), bem assim fixar o regime semiaberto. As penas ficaram redimensionadas para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa.

Houve embargos de declaração do *Parquet*, os quais foram rejeitados (fls. 381-388).

No recurso especial, é alegada a violação dos seguintes dispositivos:

a) art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, pois a quantidade de drogas apreendidas evidenciaria a dedicação à atividade criminosa, devendo ser afastada a incidência da minorante;

b) arts. 33, § 3.º, e 59, *caput*, e inciso III, do Código Penal, e ao art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, pois estaria demonstrada a habitualidade criminosa, sendo que a quantidade de drogas apreendidas, pela sua preponderância, autorizaria a fixação de regime mais gravoso.

Oferecidas contrarrazões (fls. 431-434), inadmitiu-se o recurso na origem (fls. 467-471), advindo o presente Agravo (fls. 474-505), contraminutado às fls. 512-515.

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo provimento do agravo e do recurso especial (fls. 529-532).

É o relatório.

Decido.

Evidenciada a viabilidade do agravo, prossegue-se na análise do recurso especial.

Disse o Tribunal de origem ao reconhecer a ocorrência do tráfico privilegiado (fl. 357):

*"O art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, dispõe que 'nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois*

*terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.'*

*Assim, reconhece-se a possibilidade de aplicação do referido benefício do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, no caso, adotando-se a fração de 1/6 (um sexto), contudo, para a diminuição da pena, por se entender ser adequado aos fatos descritos.*

*Como consta na denúncia, a quantidade de droga apreendida é exacerbada, tratando-se de mais de 90kg (noventa quilos) de maconha."*

A Corte estadual, soberana na análise da matéria fática, ao apreciar as circunstâncias do caso concreto, inclusive a quantidade de drogas apreendidas, entendeu que não seria o caso de deixar de aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, mas apenas de fazê-la incidir no patamar mínimo. Assim, para rever a conclusão, no sentido de aferir se o Agravado se dedicaria às atividades criminosas, como sustenta o Agravante, seria necessário o reexame de fatos e provas, descabido em recurso especial, nos termos da Súmula n.º 7 do STJ.

Nesse sentido:

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE 'MULA'. PLEITO DE DECOTE DESSA MINORANTE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.*

*1. A orientação jurisprudencial desta Casa, na linha do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que 'o fato de o agente haver atuado como 'mula' no transporte da droga não pode – como numa relação, pura e simples, de causa e efeito – levar à conclusão de que ele seria integrante de organização criminosa e, como tal, não seria merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos' (REsp n. 1.365.002/MS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 11/9/2017).*

*2. No caso dos autos, o colegiado estadual, respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, com observância aos pormenores da situação concreta, entendeu que inexistiam nos autos provas que demonstrassem a dedicação do agravado às atividades criminosas ou de que integrasse organização criminosa, embora tenha sido apreendida grande quantidade de entorpecente, qual seja, mais de 32kg (trinta e dois quilos) de maconha.*

*3. Nesse contexto, para que fosse possível a análise da pretensão recursal de decote dessa minorante, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte. Precedentes.*

*4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.532.159/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020; sem grifos no original.)*

*"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.434/2006 CONCEDIDA. AGRAVANTE REQUER O AFASTAMENTO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

*1. Como é sabido, os requisitos legais para o deferimento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a*

*atividades criminosas ou integre organização criminosa. Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar apenas pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas 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 20/8/2015).*

*2. Tem-se decidido também que a quantidade de droga e as demais circunstâncias do art. 59 do CP devem servir de parâmetro para a definição do quantum de redução – de um sexto até dois terços – e para se constatar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes ou de sua participação em organização criminosa, a fim de obstar a incidência do referido benefício legal (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).*

*3. Na hipóteses dos autos, o Tribunal de origem, com arrimo no conteúdo fático dos autos, concluiu inexistir prova da dedicação do recorrido em atividades criminosas, de modo que a modificação dessa conclusão demanda o revolvimento do conteúdo probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).*

*4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1.554.118/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 12/02/2020.)*

Quanto ao regime prisional, as razões do recurso especial trazem a seguinte argumentação (fls. 312-314; grifos diversos do original):

*"[...] ressalte-se que não se olvida que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm decidindo que a concessão da causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos, autoriza a fixação de regime inicial diverso do fechado, desde que presentes os requisitos do art. 33, § 3º, do Código Penal.*

*Contudo, esse não é o caso dos autos, porquanto, conforme destacado no item 3.1. deste apelo raro, o acusado não faz jus à minorante do § 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos, pois se dedica, com habitualidade, à prática de atividades criminosas, sendo inadequado o regime semiaberto à repressão do ilícito, dada a especial gravidade da conduta praticada.*

*Outrossim, verifica-se 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).*

*Ora, a partir de uma interpretação conjugada dos artigos 42 da Lei n. 11.343/06, e 59, do Código Penal, infere-se que as balizas definidas na legislação de tóxicos devem servir de parâmetro não só na graduação da sanção corporal, mas também na fixação do regime inicial de cumprimento de pena.*

*Isto porque, considerando-se a dedicação do réu à prática de atividades criminosas e a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente (mais de 90KG de maconha (fl. 267v), conforme supramencionado, conclui-se que, ao fixar o regime inicial semiaberto, o Tribunal de Justiça mineiro violou o disposto nos artigos mencionados.*

*Destarte, muito embora o quantum da pena tenha sido fixado em patamar inferior a 08 (oito) anos de reclusão, o regime inicial diverso do fechado não satisfaz a finalidade retributiva e os propósitos preventivos da pena, em razão da gravidade concreta do delito (evidenciada pela quantidade de droga e pelo modus operandi do crime, que, frise-se novamente, atestam o envolvimento habitual e prolongado do réu com o exercício da traficância)."*

Como se verifica, o Agravante sustentou ser indevida a fixação do regime inicial

semiaberto porque a quantidade de drogas apreendidas demonstraria a dedicação do Agravado às atividades criminosas e, sendo afastada a minorante do tráfico privilegiado, deveria ser também estabelecido o regime inicial fechado. Sendo assim, a análise desse tópico recursal igualmente encontra óbice na Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, a tese de que a quantidade de drogas deveria ser avaliada também para fixar regime prisional mais gravoso não foi objeto de debate pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos de declaração. Assim, carece de prequestionamento, nos termos da Súmula n.º 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para NÃO CONHECER do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora