



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 985.012 - RS (2016/0246158-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MATHEUS ALVES VIANA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. ESTABELECIMENTO DO REGIME FECHADO. CONSIDERADO QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento – para acolher a pretensão de que ele não se dedica à atividade criminosa – exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

2. A dedicação do recorrido às atividades criminosas se infere também pelo fato de o réu responder a outro processo pendente de condenação com trânsito em julgado. Releva salientar que "a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas" (HC 330.418/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2015).

3. Na hipótese, verifica-se ter sido dada correta interpretação aos dispostos no art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 5 anos de reclusão, e o sentenciado seja primário, o regime fechado é o cabível à espécie, dada a presença de circunstância desfavorável, qual seja, a grande quantidade da droga apreendida (1,38 quilos de maconha), que, juntamente com outras circunstâncias, foram inclusive devidamente sopesadas na terceira fase do cálculo da pena, a fim de afastar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 08 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 985.012 - RS (2016/0246158-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MATHEUS ALVES VIANA**
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por **MATHEUS ALVES VIANA** contra decisão dessa relatoria, que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 354-358).

A defesa sustenta, em síntese, que: **a)** "ao contrário do sustentado para embasar a decisão ora atacada, não poderia o Tribunal de origem ter adotado como fundamento válido ao afastamento do privilégio a quantidade de droga apreendida nem o simples fato do recorrente estar respondendo a outro feito, sequer sentenciado até o presente momento, como se infere da informação trazida em anexo" (e-STJ, fl. 368); **b)** "finalizado na Suprema Corte o julgamento do RE 591054, no qual afastada a possibilidade de consideração de processos em curso com antecedentes, nem mais caberia discutir se a referência a processos em curso poderia embasar o afastamento de benefício legal" (e-STJ, fl. 370); **c)** "fosse a quantidade de pena impeditivo ao reconhecimento do reclamado privilégio, ou fundamento idôneo ao reconhecimento de regime mais gravoso do que o previsto no art. 33 do Código Penal quando favoráveis as circunstâncias judiciais o Supremo Tribunal Federal jamais concederia ordem de habeas corpus em favor de "mula" que transportava 1,037 gramas de cocaína, a quem foi reconhecido o privilégio, para mitigar o regime de pena estabelecido em descompasso com a legislação penal, como se deu no RHC 125.435/SP" (e-STJ, fl. 373);

Requer, portanto, a reconsideração da decisão ou a submissão do feito ao crivo deste órgão colegiado, com o intuito de conhecer o agravo e dar provimento ao recurso especial, para aplicar a causa de diminuição da pena e abrandar o regime inicial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 985.012 - RS (2016/0246158-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MATHEUS ALVES VIANA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. ESTABELECIMENTO DO REGIME FECHADO. CONSIDERADO QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento – para acolher a pretensão de que ele não se dedica à atividade criminosa – exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

2. A dedicação do recorrido às atividades criminosas se infere também pelo fato de o réu responder a outro processo pendente de condenação com trânsito em julgado. Releva salientar que "a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas" (HC 330.418/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2015).

3. Na hipótese, verifica-se ter sido dada correta interpretação aos dispostos no art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 5 anos de reclusão, e o sentenciado seja primário, o regime fechado é o cabível à espécie, dada a presença de circunstância desfavorável, qual seja, a grande quantidade da droga apreendida (1,38 quilos de maconha), que, juntamente com outras circunstâncias, foram inclusive devidamente sopesadas na terceira fase do cálculo da pena, a fim de afastar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pretensão não merece êxito, na medida em que o agravante não apresentou argumentos capazes de modificar o entendimento anteriormente adotado.

Tribunal de origem deixou de aplicar a minorante e o fixou o regime fechado, com os seguintes fundamentos:

"Todavia, relativamente ao afastamento da minorante de que trata o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, assiste razão ao Ministério Público, porquanto resta evidenciado o fato de que se dedicava o réu ao tráfico de drogas, diante da vultosa quantidade de droga (repisa-se: 1,38 quilogramas de maconha), não fazendo jus à minorante precitada.

Mais, importa registrar, ainda, que está o réu a responder a processo outro, pela prática - anterior - de fato análogo ao que ora lhe é imputado (processo nº 2.14.0003490-2).

Daí por que, afastada a causa de diminuição em exame, vai estabelecida a sanção carcerária do denunciado no patamar de cinco anos de reclusão, e a pena pecuniária mantida em quinhentos dias-multa, observado o valor unitário determinado na sentença, restando fixado o regime prisional fechado, considerando-se o *quantum* do apenamento, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei nº 11.343/2006) e a regra posta no art. 33, §3º, do Código Penal'.

Por isso que nego provimento ao apelo interposto pelo acusado e dou parcial provimento àquele interposto pelo Ministério Público, nos termos expostos."

(e-STJ, fl. 251.)

Como é sabido, os requisitos legais para a incidência 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 decidido por esta 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).

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).

Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento – para acolher a pretensão de que ele não se dedica à atividade criminosa – exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

"1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a apreensão de grande quantidade de droga, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com a atividade criminosa."

(AgRg no AREsp 633.135/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/11/2015.)

"[...] 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.)

Ademais, tem-se que a dedicação do recorrido às atividades criminosas se infere também pelo fato de o réu responder a outro processo pendente de condenação com trânsito em julgado. Releva salientar que "a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas" (HC 330.418/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2015).

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Desfazer o entendimento a que chegaram as instâncias ordinárias para verificar se o réu se dedicava a atividades criminosas implicaria reexame da matéria fático-probatória dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ.

2. Consoante entendimento pacificado desta Corte, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas." (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 211288/MS, rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 26/05/2015).

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 618.313/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/08/2015.)

"1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a apreensão de grande quantidade de droga, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com a atividade criminosa."

(AgRg no AREsp 633.135/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/11/2015.)

"[...] 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.)

Quanto ao pleito de mudança para o regime semiaberto, tem-se que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, verifica-se ter sido dada correta interpretação aos dispostos no art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 5 anos de reclusão, e o sentenciado seja primário, o regime fechado é o cabível à espécie, dada a presença de circunstâncias desfavoráveis, qual seja, a grande quantidade da droga apreendida (1,38 quilos de maconha), que, juntamente com outras circunstâncias, foram inclusive devidamente sopesadas na terceira fase do cálculo da pena, a fim de afastar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. ADEQUAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu 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.

2. Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado com base na expressiva quantidade da substância apreendida, mais de 42 Kg de lidocaína, e nas circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o recorrente dedica-se à atividade criminosa. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na via do recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Incidência da Súmula 7/STJ.

3. No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade da substância apreendida, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 944.865/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 05/12/2016.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO PELA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (3.165G DE COCAÍNA). POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Reconhecido pelo Tribunal *a quo*, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, a dedicação à atividade criminosa voltada ao comércio de drogas, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. A natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para a imposição do regime mais severo (3.165g de cocaína). Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 258.364/SP, Min. Rel. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 24/11/2016.)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0246158-4

AgRg no
AREsp 985.012 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00110404920148210059 00437118920168217000 03338556220158217000
05921400048610 10162014152501 15250120145114 21400048610
2996636920168217000 3338556220158217000 5921400048610 70066484775
70067140814 70068335173 70070894696

PAUTA: 08/08/2017

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MATHEUS ALVES VIANA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MATHEUS ALVES VIANA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.