



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2107531 - GO (2022/0111455-0)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : JONATHAN OGLEISSON MARTINS DE SOUZA
ADVOGADO : ELISANGELA DA SILVA MONTEIRO - GO031997A

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E NOCIVIDADE DA DROGA. INVIABILIDADE. MINORANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO EM RAZÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. FATOS POSTERIORES COM TRANSITADO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A teor do art. 42 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância entorpecente são preponderantes sobre o previsto no art. 59 do CP e serão consideradas na fixação da pena.

2. No caso, entretanto, o aumento efetuado na primeira fase dosimétrica está fundamentado somente na natureza e nocividade da droga (23,920g de crack; 4,970g de cocaína e 137,730g de maconha), o que não se revela fundamento idôneo, sobretudo, em razão da quantidade de entorpecentes não ser expressiva.

3. No tocante ao reconhecimento do tráfico privilegiado, este Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), firmou entendimento segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06"

4. "Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). O mesmo entendimento se aplica às condenações transitadas em julgado relacionadas a fatos posteriores" (AgRg no REsp 1.891.998/SP, relator Ministro João

Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022).

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 19 de março de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2107531 - GO (2022/0111455-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : JONATHAN OGLEISSON MARTINS DE SOUZA
ADVOGADO : ELISANGELA DA SILVA MONTEIRO - GO031997A

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E NOCIVIDADE DA DROGA. INVIABILIDADE. MINORANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO EM RAZÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. FATOS POSTERIORES COM TRANSITADO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A teor do art. 42 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância entorpecente são preponderantes sobre o previsto no art. 59 do CP e serão consideradas na fixação da pena.

2. No caso, entretanto, o aumento efetuado na primeira fase dosimétrica está fundamentado somente na natureza e nocividade da droga (23,920g de crack; 4,970g de cocaína e 137,730g de maconha), o que não se revela fundamento idôneo, sobretudo, em razão da quantidade de entorpecentes não ser expressiva.

3. No tocante ao reconhecimento do tráfico privilegiado, este Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), firmou entendimento segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06"

4. "Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). O mesmo entendimento se aplica às condenações transitadas em julgado relacionadas a fatos posteriores" (AgRg no REsp 1.891.998/SP, relator Ministro João

Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022).

5. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS contra decisão monocrática proferida pelo Ministro Jorge Mussi que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, para redimensionar a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime aberto, além do pagamento de 166 dias-multa (e-STJ fls. 480-488).

O agravante sustenta que: a) na decisão agravada "deixou de observar que a diversidade das substâncias apreendidas (crack, cocaína e maconha) e o agrupamento de cada porção de entorpecentes, quando somados, evidencia uma quantidade expressiva de drogas, sem contar a natureza nociva do crack e da cocaína apreendidos" (e-STJ fl. 497); b) "no que concerne à cocaína e ao crack apreendidos, mesmo que não se possa afirmar que se trata de alta quantidade, o que se vê é que, a par da diversidade de entorpecentes, trata-se de drogas de expressiva nocividade, circunstância essa que deve ser aferida pelo julgador para fins de sopesamento da pena-base" (e-STJ fl. 498); c) "*in casu*, é que não são meramente ações penais em andamento, mas efetiva condenação transitada em julgado, mesmo que por fato posterior ao versado nos autos e, inclusive, pelo crime de tráfico de drogas" (e-STJ fl. 502); d) "trata-se de afastamento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado pelo Juízo sentenciante e pelo TJGO, baseada na existência de efetiva condenação transitada em julgado, mesmo que por fato posterior ao versado nos autos, por sua vez, situação diversa do fundamento do *decisum* ora vergastado, pois não se está antecipando os resultados finais de outro processo, pois efetivamente o agravado já fora considerado culpado, em sentença transitada em julgado" (e-STJ fl. 505); e e) "inconteste que a hipótese fática em debate não traduz tráfico ocasional, mas, sim, o desenvolvimento de perene atividade criminosa, conduta que exige do Estado uma maior resposta da pena" (e-STJ fl. 507).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento de seu recurso pelo colegiado.

Intimado, o agravado não apresentou contrarrazões (e-STJ fl. 513).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial provimento do agravo regimental (e-STJ fls. 523-527).

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo.

O agravante foi condenado à pena de 5 anos, 7 meses e 28 dias de reclusão, no regime semiaberto, além do pagamento de 600 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa (e-STJ fls. 390-398).

Nesta Corte, o Ministro Jorge Mussi conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, para redimensionar a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime aberto, além do pagamento de 166 dias-multa (e-STJ fls. 480-488).

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 480-488):

Nas razões do recurso especial a parte sustenta a violação do art. 42 da Lei de Drogas, pretendendo o afastamento da causa de aumento aplicada em razão da natureza da droga. Destaca que não houve qualquer menção à quantidade de entorpecentes apreendidos.

Afirma que, sendo a natureza e a quantidade da droga circunstância única, não se revela adequada a separação dos vetores natureza e quantidade para incremento da pena-base, sob pena de bis in idem.

Pretende, por fim, a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Com relação à minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e à ilegalidade na dosimetria, oportuno transcrever o seguinte excerto da sentença de piso, mantida na íntegra pelo do acórdão recorrido (e-STJ fls. 318-322):

*DA CAUSA DE DLMINUCAO DO ARTIGO 33. PARAGRAFO 4º.
DA LEI N. 11.343/2006*

No que se refere à causa de diminuição de pena prevista no Artigo 33. parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, importa salientar que a criação da causa de diminuição de pena acima transcrita visa dar tratamento adequado àquele que apenas inicia no mundo do crime, merecendo este, reprimenda menos grave do que a aplicada ao agente que já se dedica a atividade criminosa. Ressalte-se que para que o agente faça jus à referida causa de diminuição de pena deverá preencher todos os requisitos elencados na norma.

Dessa forma, entendo que a referida minorante deverá ser afastada, haja vista o acusado já possuir contra si quatro sentenças penais condenatórias, sendo uma delas também pela prática do crime de tráfico (fl. 220), o que denota que o mesmo dedica-se a atividade criminosa, não preenchendo os requisitos

previstos no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006.

[...]

Atenta as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e o art. 59 do Código Penal, observo que a natureza das drogas prepondera sobre os demais elementos na fixação da reprimenda penal, uma vez que o acusado tinha em depósito 45 (quarenta e cinco) porções de "crack", com massa bruta total de 23,920g (vinte e três gramas e novecentos e vinte miligramas); 01 (uma) porção de "cocaína", com massa bruta total de 4,970g (quatro gramas e novecentos e setenta miligramas); e 02 (duas) porções de "maconha", com massa bruta total de 137,730g (cento e trinta e sete gramas e setecentos e trinta miligramas).

Substâncias estas altamente perigosas, que facilmente causam a dependência e, pelo consumo seguido, trazem consequências graves para o corpo humano e, posteriormente, a morte por sua terrível ação sobre o organismo do usuário, sendo de conhecimento geral que tanto neste Estado quanto em praticamente em todos os outros da Federação não há clínicas especializadas, ou ao menos clínicas suficientes para a recuperação de dependentes toxicológicos com o suporte necessário.

Salienta-se que se a droga apreendida com o acusado de tráfico de entorpecentes for "cocaína" ou crack, subproduto da cocaína, justifica-se uma maior reprovabilidade penal de sua conduta a determinar a exasperação da pena-base, dado que a "cocaína" tem um potencial de dependência química muito mais elevado que outras drogas, além de poder provocar a morte do indivíduo por parada cardiorrespiratória (Precedentes do STJ).

[...]

À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena-base em 6 seis anos de reclusão, ante a natureza dos entorpecentes apreendidos.

Ressalto que aumentei em um ano cada circunstância, adotando como base um critério proporcional levando em conta o resultado entre o intervalo de pena previsto em abstrato no tipo (máximo - mínimo), dividindo tal resultado por 10, pois este é o número de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal somado ao artigo 42 da Lei 11.343/06.

No que se refere à dosimetria, sabe-se que a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o quantum ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no caput do art. 59 do Código Penal.

Além disso, em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação das penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, verbis:

[...]

Note-se que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias somente é possível na via eleita em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal. Do excerto transcrito, observa-se que a Corte a quo, atuando em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006,

considerou a natureza e a nocividade da droga apreendida para exasperar a pena-base. Entretanto, tal fundamento não se revela idôneo, tendo em vista o pequeno volume de entorpecentes apreendidos – 23,920g de crack; 4,970g de cocaína e 137,730g de maconha –, impondo-se a redução da pena-base.

A propósito:

[...]

Faz-se imperioso, portanto, reconhecer a ilegalidade do acórdão recorrido no mencionado ponto, afastando-se a maior reprovabilidade da conduta.

Quanto à causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a Suprema Corte firmou o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso não constituem fundamentos idôneos para afastar a minorante do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência, verbis:

[...]

Seguindo a mesma linha de entendimento, esta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema n. 1.139), firmou entendimento segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06".

Confia-se, por oportuno a ementa do julgado:

[...]

No caso em apreço, nota-se que a Corte a quo afastou a causa especial de diminuição de pena sob o fundamento de que o acusado possui contra si quatro sentenças penais condenatórias, sendo uma delas também pela prática do crime de tráfico, no entanto, tal entendimento vai de encontro à jurisprudência acima colacionada, pois o réu era tecnicamente primário na data dos fatos aqui analisados.

Dessa forma, procedendo-se à nova dosimetria, tem-se que a sanção inicial fica fixada, nos termos da decisão ora exarada, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, a qual se mantém inalterada na segunda fase, ante a ausência de agravantes e atenuantes.

Na terceira etapa, com a redução da reprimenda pela causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 (dois terços), a pena resta definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, ausentes outras causas modificadoras. Redimensionada a sanção, e tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais, com a fixação da pena-base no mínimo legal, proporcional o abrandamento do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, c, do CP.

Nessa direção:

[...]

Por tais razões, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, c, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a fim de redimensionar as penas do agravante para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 166 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Reforço que, a teor do art. 42 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância entorpecente são preponderantes sobre o previsto no art. 59 do CP e serão consideradas na fixação da pena.

No caso, entretanto, o aumento efetuado na primeira fase dosimétrica

está fundamentado somente na natureza e nocividade da droga (23,920g de crack; 4,970g de cocaína e 137,730g de maconha), o que não se revela fundamento idôneo, sobretudo, em razão da quantidade de entorpecentes não ser expressiva.

No mesmo sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA. PEQUENA QUANTIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso, nos termos do que dispõe a Súmula 182 do STJ.

2. Na hipótese, o agravante deixou de refutar especificamente os fundamentos de inadmissão do recurso especial (in casu, Súmulas 7 e 182 do STJ), incidindo, portanto, o óbice da Súmula 182 do STJ.

3. Todavia, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para readequar a dosimetria penal.

4. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percutiente dos elementos do delito, e em decisão motivada.

Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

5. Na hipótese, observa-se que a pena-base foi majorada em 1/6 acima do mínimo legal, tendo como fundamento a quantidade e a natureza da droga apreendida (25,65 g de maconha e 18,55 g de cocaína).

Todavia, não sendo significativo o quantum de entorpecente e tendo em vista a análise favorável das demais circunstâncias judiciais, não se mostra adequado o aumento operado pela instância ordinária.

6. Agravo regimental desprovido. Concessão de habeas corpus, de ofício, para reduzir a pena-base do agravante ao mínimo legal, redimensionando a pena imposta, nos termos da fundamentação.

(AgRg no AREsp 2.290.221/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. HABEAS CORPUS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E O REGIME SEMIABERTO.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior.

2. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual 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.

3. No presente caso, apesar da natureza altamente deletéria de duas das drogas apreendidas (crack e cocaína), a quantidade total (12 porções de maconha pesando 19,38g, 6 porções de cocaína pesando 8,13g e 10 porções de crack pesando 5,2g) não justifica a majoração da pena-base, por não extrapolar os tipos penais, devendo ser afastado tal fundamento.

4. No que tange ao regime de cumprimento da pena, estabelecida a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, primário o recorrente e sem antecedentes, e considerada a quantidade total do entorpecente apreendido (12 porções de maconha pesando 19,38g, 6 porções de cocaína pesando 8,13g e 10 porções de crack pesando 5,2g), mesmo sendo dois de natureza altamente deletéria (crack e cocaína), o regime semiaberto é o adequado à prevenção e reparação do delito.

5. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para reduzir a pena-base para o delito de tráfico para o mínimo legal, sem alteração final, e fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

(AgRg no AREsp 2.276.694/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 13/3/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO INFIRMADO O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE. AFASTADO O AUMENTO OPERADO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA EM RAZÃO DA NATUREZA/QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Ausente a impugnação concreta dos fundamentos utilizados pela decisão agravada, que não conheceu do agravo em recurso especial, tem aplicação a Súmula n. 182/STJ.

2. Verificada a existência de ilegalidade evidente, apta a ser corrigida por meio da concessão de habeas corpus, de ofício.

3. A despeito da natureza do entorpecente apreendido (cocaína), a quantidade encontrada não demonstra reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base, consoante precedentes desta Corte Superior proferidos em situações semelhantes.

4. Agravo regimental não conhecido. Concedido habeas corpus, de ofício, para afastar a negativação da circunstância judicial da natureza/quantidade de droga apreendida e, por via de consequência, redimensionar a pena imposta ao Agravante nos patamares constantes deste voto.

(AgRg no AREsp 2.145.683/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 29/9/2022.)

Por fim, no tocante ao reconhecimento do tráfico privilegiado, este Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), firmou entendimento segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06".

Entende ainda que "Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). O mesmo entendimento se aplica às condenações transitadas em julgado relacionadas a fatos posteriores" (AgRg no REsp 1.891.998/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022).

A propósito:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais.

2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso.

3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza.

4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena.

5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles.

6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado,

abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante.

7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis.

8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto.

9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penológicos.

10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice.

11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e/ou ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos.

12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a

afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017).

13. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.977.180/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.)

No caso, como asseverado na decisão recorrida, "a Corte *a quo* afastou a causa especial de diminuição de pena sob o fundamento de que o acusado possui contra si quatro sentenças penais condenatórias, sendo uma delas também pela prática do crime de tráfico, no entanto, tal entendimento vai de encontro à jurisprudência acima colacionada, pois o réu era tecnicamente primário na data dos fatos aqui analisados".

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

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0111455-0 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no
AREsp 2.107.531 /
GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00641551920188090175 01054019220188090175 02691124720118090168
1054019220188090175 2006012799000000 201102691121 26911247
2691124720118090168 407597312012 641551920188090175

EM MESA

JULGADO: 19/03/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JONATHAN OGLEISSON MARTINS DE SOUZA
ADVOGADO : ELISANGELA DA SILVA MONTEIRO - GO031997A
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : JONATHAN OGLEISSON MARTINS DE SOUZA
ADVOGADO : ELISANGELA DA SILVA MONTEIRO - GO031997A

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.