



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2231110 - MG (2022/0328627-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : JOAO VITOR JOVINIANO DOS SANTOS MARQUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. TEMA N. 1139. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROVIMENTO DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial em que se discute a aplicabilidade da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, afastada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais com base na existência de ações penais em curso. O recorrente alega ser primário e possuir bons antecedentes, requerendo o reconhecimento do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a existência de ações penais em curso pode afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas; e (ii) determinar se estão presentes os requisitos para a concessão do benefício do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que inquéritos e ações penais em curso, sem condenação definitiva, não podem ser utilizados para afastar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Tema Repetitivo 1.139).

4. O acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais incorre em

erro ao fundamentar o afastamento da minorante exclusivamente em ações penais em curso, contrariando a jurisprudência consolidada no STJ.

5. A individualização da pena deve respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo o reconhecimento do tráfico privilegiado condicionado à inexistência de dedicação comprovada a atividades criminosas, o que não pode ser inferido de ações penais ainda pendentes de julgamento.

6. Verificada a primariedade e os bons antecedentes do recorrente, além da ausência de elementos concretos que demonstrem dedicação a atividades criminosas ou integração em organização criminosa, é aplicável a causa especial de diminuição de pena.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 28 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2231110 - MG (2022/0328627-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : JOAO VITOR JOVINIANO DOS SANTOS MARQUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. TEMA N. 1139. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROVIMENTO DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial em que se discute a aplicabilidade da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, afastada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais com base na existência de ações penais em curso. O recorrente alega ser primário e possuir bons antecedentes, requerendo o reconhecimento do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a existência de ações penais em curso pode afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas; e (ii) determinar se estão presentes os requisitos para a concessão do benefício do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que inquéritos e ações penais em curso, sem condenação definitiva, não podem ser utilizados para afastar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Tema Repetitivo 1.139).

4. O acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais incorre em

erro ao fundamentar o afastamento da minorante exclusivamente em ações penais em curso, contrariando a jurisprudência consolidada no STJ.

5. A individualização da pena deve respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo o reconhecimento do tráfico privilegiado condicionado à inexistência de dedicação comprovada a atividades criminosas, o que não pode ser inferido de ações penais ainda pendentes de julgamento.

6. Verificada a primariedade e os bons antecedentes do recorrente, além da ausência de elementos concretos que demonstrem dedicação a atividades criminosas ou integração em organização criminosa, é aplicável a causa especial de diminuição de pena.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal a quo, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente alega que o acórdão recorrido

contrariou o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que "A existência de processos criminais em curso, por si só, ainda que já exista condenação proferida em primeira instância, não pode gerar a conclusão de dedicação às atividades criminosas, sobretudo à luz da presunção de inocência constitucionalmente assegurada" (e-STJ, fl. 219).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar o recurso de apelação criminal ali interposto pela Defesa, no que importa ao caso, assim se manifestou (e-STJ, fls.198/209, grifos acrescentados):

Noutro giro, não merece acolhimento o pleito defensivo relativo à incidência da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de drogas, porquanto patenteada a dedicação do recorrente à atividade criminosa.

Conquanto ações penais em andamento não possam ser valoradas como maus antecedentes de modo a agravar a pena-base em primeira fase da dosimetria, referidas anotações, como a constante à fl. 50, podem ser utilizadas para formação da convicção de que o réu se dedica às atividades criminosas, a fim de afastar o benefício legal previsto no ad. 33, §4º, da Lei 11.343/06, consoante entendimento firmado pelo STJ no REsp 1431091/SP, publicado em 01/02/2017. Confira-se:

(...)

Por outro lado, considerando a reprimenda cominada em sentença e mantida nesta instância recursal - 05 (cinco) anos de reclusão - resta inviabilizada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do ad. 44 do CP.

Ressalto que é uníssona a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “[a] individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade” (AgRg no REsp n. 2.118.260/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024).

A revisão da dosimetria somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (AgRg no REsp n. 2.042.325/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023).

Quanto ao tema, destaca-se que “[a] legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância

agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” (EDcl no HC n. 908.566/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024).

Ademais, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

No que tange aos requisitos de não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas, a jurisprudência desta Corte determina que o Tribunal de origem deve apontar elementos concretos como fundamentação idônea para afastar o redutor de tráfico privilegiado com base nos mencionados requisitos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE EXTENÇÃO DA DECISÃO QUE RECONHECEU A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º D O ART. 33 DA LEI DE DROGAS EM FAVOR DO CORRÉU ADRIANO HENRIQUE SANTOS. DESCABIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Como abordado na decisão agravada, o Tribunal a quo - dentro do seu livre convencimento motivado - apontou elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas, motivo pelo qual não há como se aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei

n. 11.343/2006 em favor da paciente.

III - Na hipótese, foi destacado o modus operandi do crime mediante "A quantidade de drogas apreendidas (tijolo), para posterior fracionamento e os demais petrechos localizados na sua residência (facas com resquícios de droga, balança para pesagem". (fls. 285-286, grifei):

IV - Houve fundamentação concreta, idônea e suficiente para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada, não apenas na apreensão de considerável quantidade de drogas, mas nas demais circunstâncias concretas do flagrante, em que foram apreendidos petrechos utilizados para a prática do ilícito, quais sejam, facas com resquícios de droga e balança para pesagem, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o corréu se dedicava às atividades criminosas.

V - Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a paciente não se dedicaria a atividades delituosas e/ou não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada na via estreita do habeas corpus.

VI - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no PExt no HC n. 791.429/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 16/10/2023 - grifos acrescidos.)

Feitas essas considerações, constato que merece acolhimento o pleito da Defesa no sentido de que deve ser aplicada a causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois, nos termos da jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte Superior, que, pela sua Terceira Seção, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.977.027/PR (Tema n. 1.139), julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022, sob a sistemática dos recursos repetitivos, fixou a tese no sentido de que **"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 "**.

Conforme consignado pelo d. representante do Ministério Público Federal, em seu parecer (e-STJ, fl. 267):

No mérito, deve ser provido.

A parte se insurge contra o capítulo do acórdão que deixou de aplicar

o redutor do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006. Requer, assim, o reconhecimento do tráfico privilegiado ao argumento de que o agravante é primário, tem bons antecedentes e não se dedica a atividades criminosas ou integra organizações criminosas.

No ponto, a sentença condenatória, mantida pelo acórdão recorrido, decidiu que “a despeito da primariedade do acusado, verifica-se, em CAC de f. 50, que este possui uma condenação, por tráfico de drogas, sem trânsito em julgado, o que indica sua habitualidade delitiva, de modo que afasto incidência da referida minorante” (f. 141).

Embora este subscritor tenha entendimento divergente, fato é que a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que a existência de inquéritos e ações penais em curso não podem ser utilizada para afastar a minorante especial do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Com efeito, em julgado sob o rito dos julgamentos repetitivos, a Terceira Seção do STJ definiu a seguinte 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” (Tema Repetitivo n. 1.139).

A análise das razões motivadas na origem indica que não se encontram em linha com o entendimento desta Corte. Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente da Quinta Turma:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AÇÕES PENAIS EM CURSO SEM CERTIFICAÇÃO DE TRÂNSITO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS DESTA SUPERIOR TRIBUNAL. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO STF. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

I - Conforme consignado na decisão agravada, não houve a aventada ofensa ao artigo 619 do Código de Processo Penal, vez que a alegação da parte foi explicitamente afastada, quando a instância a quo, avaliando o conjunto probatório carreado aos autos, concluiu que “não havendo indícios de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa” (fl. 428), além de asseverar que ações penais em curso não se prestam a afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado.

II - A moderna jurisprudência deste Superior Tribunal, uniformizando o entendimento entre as Quinta e Sexta Turmas, passou a entender que inquéritos e ações penais em curso, por si sós, não podem ensejar o afastamento da causa especial de diminuição de pena.

III - Ademais, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal a quo para reconhecer a dedicação da recorrido à

prática de atividade criminosa, como pretende o Ministério Público, demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância, ao teor da Súmula n. 7/STJ.

IV - O agravante não trouxe argumentos suficientes para alterar o entendimento adotado na decisão impugnada, razão pela qual deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.016.562/RS, relator Ministro Messod Azulay NETO, Quinta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 22/8/2023) (grifos acrescidos).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÕES PENAIS EM CURSO SEM CERTIFICAÇÃO DE TRÂNSITO. FUNDAMENTO INVÁLIDO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO.

A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido não ser possível a utilização de ações penais em curso para se afastar a causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no EAREsp n. 1.852.098/AM, Terceira Seção, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 03/11/2021).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp. 1.982.403/MT, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 19/5/2022) (grifos acrescidos).

Necessário, portanto, o refazimento da dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi fixada no mínimo legal, qual seja, em 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 dias-multa.

Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes ou atenuantes, pelo que fica a pena mantida no mesmo patamar.

Na terceira fase, aplica-se a causa especial de diminuição de pena inserta § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços), pelo fato de o recorrente ser primário e por terem sido consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, ficando a pena estabelecida, definitivamente, em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais 166 dias-multa, que substituo por penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, conheço do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, nos termos da fundamentação acima exposta.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0328627-6

**AREsp 2.231.110 /
MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024200358836 03588368020208130024 10024200358836001
10024200358836002 10024200358836003 2020017802956001 24200358836
3588368020208130024

PAUTA: 26/11/2024

JULGADO: 26/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOAO VITOR JOVINIANO DOS SANTOS MARQUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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, conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.