



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2441519 - SC (2023/0293725-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : TITO LIVIO POHL NETO
ADVOGADOS : FÁBIO AMÁBILE PATRÃO - SC013149
FABIAN FREITAS BITTENCOURT - SC025605
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, POR SI SÓ, NÃO CONSTITUI CIRCUNSTÂNCIA APTA A CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO §4º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/2006. AGRADO DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o REsp n. 1.887.511/SP, bem como o REsp n. 1.977.027/PR, este último sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 1139), firmou o entendimento de que a quantidade, natureza e a variedade de drogas apreendidas, por si sós, não são suficientes para se concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas de modo a afastar a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

2. O Tribunal de origem afastou a benesse do tráfico privilegiado com lastro na quantidade e natureza das substâncias apreendidas, bem como no fato de o delito ter sido praticado em local com grande circulação de jovens, elementos inaptos a justificar o afastamento da causa de diminuição.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 05/12/2023 a 11/12/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 11 de dezembro de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2441519 - SC (2023/0293725-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **TITO LIVIO POHL NETO**
ADVOGADOS : **FÁBIO AMÁBILE PATRÃO - SC013149**
: **FABIAN FREITAS BITTENCOURT - SC025605**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, POR SI SÓ, NÃO CONSTITUI CIRCUNSTÂNCIA APTA A CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO §4º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/2006. AGRADO DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o REsp n. 1.887.511/SP, bem como o REsp n. 1.977.027/PR, este último sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 1139), firmou o entendimento de que a quantidade, natureza e a variedade de drogas apreendidas, por si sós, não são suficientes para se concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas de modo a afastar a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

2. O Tribunal de origem afastou a benesse do tráfico privilegiado com lastro na quantidade e natureza das substâncias apreendidas, bem como no fato de o delito ter sido praticado em local com grande circulação de jovens, elementos inaptos a justificar o afastamento da causa de diminuição.

3. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão de minha relatoria (fls. 454/466) na qual conheci do agravo para dar provimento ao recurso especial.

No presente agravo regimental, o agravante sustenta que o agravado não faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado, destacando estar evidenciado seu envolvimento com a atividade criminosa, diante da variedade, natureza e quantidade da droga apreendida, bem como da ausência de comprovação de ocupação lícita.

Aduz que o afastamento do que ficou consignado na origem encontra óbice na

Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Requer, assim, a reconsideração da decisão anteriormente proferida, ou o provimento do agravo para negar provimento ao recurso especial, restabelecendo o acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Em que pesem os argumentos veiculados no presente agravo regimental, não há como modificar a decisão agravada.

Isso porque, sobre a apontada violação ao art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA consignou que:

"2 Recurso da acusação

2.1 Afastamento do tráfico privilegiado

Busca a acusação o afastamento do redutor previsto no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas ao argumento de que era dedicado ao tráfico de entorpecentes.

Razão lhe assiste.

No tocante, a nocividade, variedade e quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas com o acusado, diga-se, 89 quadrados de LSD/DOB, 48 comprimidos de MDMA/MDA, 2 porções de maconha, pensado 3g, bem como 9 porções de cocaína, pensando 26g, leva a crer que não se mostra cabível a concessão da benesse.

Dispõe o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, terem depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

[...]

§ 4º 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.

Sobre a presença cumulativa dos pressupostos legais, é a lição de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e Willian Terra de Oliveira:

[...].

Nesse particular, devem os requisitos estabelecidos pela lei serem preenchidos simultaneamente.

No caso presente, embora primário e, ao que se sabe, não integrante de organização criminosa, o acusado praticava o ilícito de forma habitual, circunstância que não permite a aplicação da benesse, devendo ser cassada.

Tal conclusão é facilmente obtida diante da variedade, quantidade e natureza da drogas apreendidas - 89 quadrados de LSD/DOB, 48 comprimidos de MDMA/MDA, 2 porções de maconha, pensado 3g, bem

como 9porções de cocaína, pensando 26g - o que indica claramente não se tratar de fato único, não merecendo, por isso, ser agraciado com a benesse do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, como ocorreu, que deve ser concedida apenas àquele que se valeu do comércio ilegal de forma isolada em sua vida.

[...].

Ainda a pacificar a constância do vil comércio, vê-se que era ele operado em local de intensa frequência de jovens, o que dá maior vazão aos produtos proscritos que Tito trazia consigo, em conluio, repita-se, com Jéssica, com a probabilidade de atingir inúmeros usuários.

Por fim, em que pese tenha afirmado exercer a função de adestrador de animais, o que restou confirmado por duas testemunhas abonatórias, ainda, não trouxe qualquer prova documental apta a comprovar esta assertiva. Ademais, como já abordado quando da análise do pleito absolutório, não são raros os casos de pessoas que se envolvem neste crime, mesmo tendo fonte de renda lícita, em busca de enriquecimento fácil.

Destarte, o pleito deve ser acolhido, para afastar a aplicação da benesse.” (fls. 229/300)

Ao julgar os embargos infringentes, o TJ manteve o acórdão embargado, destacando que:

“Encerrada a instrução, o Magistrado a quo julgou procedente o pedido formulado na inicial acusatória para condená-lo às penas de três anos e nove meses de reclusão, a ser resgatada em regime inicialmente aberto, porém substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e limitação de final de semana, e pagamento de trezentos e setenta e cinco dias-multa, individualmente arbitrados à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao preceito do art. 33, caput, combinado com § 4º, do Estatuto de Regência.

Contudo, após recursos interpostos pelo acusado e pela Promotora de Justiça oficiante, a Terceira Câmara Criminal da Corte, por votação unânime, conheceu dos reclamos, e, por maioria de votos, deu parcial provimento apenas ao veiculado pelo autor da ação penal, para excluir a incidência da causa de especial diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e, por conseguinte, alterar o modo inicial de resgate da reprimenda para o semiaberto, bem assim afastar a sua substituição por restritivas de direitos, vencido o Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo, que negava provimento a ambos os insurgimentos.

Extrai-se do respectivo acórdão no que pertine:

O voto vencido, outrossim, aborda enfoque diverso acerca da questão, entendendo pela manutenção da incidência da referida minorante. Destacou, naquela oportunidade:

Pedi vista dos autos para melhor analisá-lo.

Concordo com o Exmo. Relator no que se refere à comprovação

da materialidade e da autoria delitiva por parte do apelante, cujos termos, para evitar repetição desnecessária, deixo de reprisar. No entanto, com o máximo respeito ao entendimento exarado pelo Eminentíssimo relator, discordo quanto ao provimento do recurso interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, relativamente ao pedido de afastamento da causa de especial diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

A razão de ser da redutora em voga é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida ou que não seja dedicado à atividade criminosa. No caso em apreço, observo que o conjunto de provas carreado aos autos não indica, com a certeza necessária, que o apelado atuava com habitualidade no narcotráfico. Nesse sentido, extrai-se da sentença condenatória: [...]

Observa-se que o acusado é primário (eventos 8 e 9), não possui outras ações penais em andamento, bem como os policiais militares afirmaram em juízo que não conheciam o acusado de outras abordagens, não existindo indícios concretos de que integre alguma organização criminosa ou que se dedicasse a atividades criminosas.

Desta forma, preenchidos os requisitos legais, aplica-se a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.

Logo, dado às circunstâncias fáticas do caso em tela, mormente considerando três aspectos (variedade dos entorpecentes apreendidos, severa nocividade da cocaína e quantidade de droga), reconheço a incidência do redutor de pena do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em favor do acusado, o qual deve ser aplicado na fração de 1/4 (um quarto). [...]

Como se vê, a apreensão de considerável quantidade de entorpecentes (suficiente para configurar o tipo penal), ainda que expressiva a variedade e a nocividade, a depender das peculiaridades do caso concreto, não se mostra hábil a denotar a dedicação do acusado no comércio de entorpecentes 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.

Então, considerando as circunstâncias do flagrante e as informações amealhadas na fase policial e judicial, e que delas não se pode extrair a habitualidade criminosa, permanece a dúvida - no meu entender, razoável - de que o apelado não faça jus ao benefício legal.

Consigo, em arremate, que a acusação não se insurgiu quanto à fração aplicada no primeiro grau (1/4 - um quarto) que, portanto, segue intocada.

Dessa forma, voto por acompanhar o relator no que toca ao reconhecimento da autoria e da materialidade delitiva, mas divirjo do afastamento da redutora operada, devendo ser mantida a sentença (sic, evento 34).

Constata-se, pois, que a divergência reside na possibilidade de aplicação da causa de especial diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Não obstante a argumentação tecida pelo embargante, razão não lhe assiste.

Inicialmente, destaca-se que as circunstâncias expressas no referido dispositivo – primariedade, bons antecedentes e ausência de dedicação a atividades criminosas ou participação em organização criminosa – constituem prismas de análise para a aplicação, ou não, do benefício.

A realidade retratada nos autos, no entanto, vai de encontro àqueles pressupostos.

Na hipótese em apreço, conforme bem consignado no pronunciamento hostilizado, a apreensão de expressiva quantidade e variedade de substâncias tóxicas de alta nocividade – oitenta e nove porções de LSD, quarenta e

cinco comprimidos de MDA e aproximadamente três de MDMA, além de dois gramas e três decigramas de maconha e vinte e cinco gramas e três decigramas de cocaína (evento 23 do inquérito policial) – permitem denotar que o acusado vinha se dedicando ao comércio espúrio.

[...].

Por tais razões, irretocável o voto vencedor, tendo em vista a demonstração, de maneira inequívoca, da dedicação a atividades criminosas por parte do sentenciado." (fls. 349/351)

Por seu turno, na sentença constou o seguinte (se for o caso):

"1.1 DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06

No tocante à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4.º, da Lei n. 11.343/06, tenho que o acusado faz jus à benesse.

Dispõe a referida norma:

Art. 33 [...] 4º 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.

De leitura do dispositivo, retira-se que a aplicação do redutor deve ocorrer "desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional)", sendo afastada sempre que o agente não atenda a pelo menos um dos requisitos acima referidos. Logo, estamos diante de requisitos cumulativos, conforme já decidiu o Tribunal pátrio.

Observa-se que o acusado é primário (eventos 8 e 9), não possui outras ações penais em andamento, bem como os policiais militares afirmaram em juízo que não conheciam o acusado de outras abordagens, não existindo indícios concretos de que integre alguma organização criminosa ou que se dedicasse a atividades criminosas.

Desta forma, preenchidos os requisitos legais, aplica-se a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, §4.º, da Lei n. 11.343/06.

Logo, dado às circunstâncias fáticas do caso em tela, mormente considerando três aspectos (variedade dos entorpecentes apreendidos, severa nocividade da cocaína e quantidade de droga), reconheço a incidência do redutor de pena do §4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em favor do acusado, o qual deve ser aplicado na fração de 1/4 (um quarto).

Isso posto, por estar o réu ao desabrigo de quaisquer das excludentes de ilicitude previstas no nosso ordenamento legal e, além de possuir mais de 18 anos de idade, por possuir capacidade de reconhecer o caráter ilícito de sua conduta, de modo que poderia ter agido de forma diversa, logo imputável, merece a reprimenda legal que lhe será imposta na exata medida de sua

Conforme consignado na decisão ora impugnada, da leitura dos trechos acima, conclui-se que o Tribunal de origem afastou a benesse do tráfico privilegiado com lastro na quantidade e natureza das substâncias apreendidas, bem como no fato de o delito ter sido praticado em local com grande circulação de jovens.

Entretanto, a Terceira Seção desta Corte, ao julgar o REsp n. 1.887.511/SP, bem como o REsp n. 1.977.027/PR, este último sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 1139), firmou o entendimento de que a quantidade, natureza e a variedade de drogas apreendidas, por si sós, não são suficientes para se concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas de modo a afastar a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Os referidos julgados foram assim ementados:

PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

[...] 6. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes,

previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.

10. Recurso provido para restabelecimento da sentença.

(REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021).

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 penalógicos.

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 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. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022).

No mesmo sentido (grifos nossos):

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS
CORPUS. TRÁFICO DE
DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA
LEI N. 11.343/2006. AÇÃO EM CURSO E CONDENAÇÃO
SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO
PARA A DEFESA.
FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE DE
DROGAS APREENHIDAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES
CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO
REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. A existência de processo ainda sem a certificação do trânsito em julgado quando do cometimento do delito

objeto deste writ não autoriza a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas.

3. Em sessão ocorrida no dia 10/8/2022, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.977.027/PR (Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 18/8/2022) - submetido ao rito dos recursos repetitivos -, fixou 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."

4. Por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu que a utilização supletiva dos elementos relativos à natureza e à quantidade de drogas apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para fins de afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

4. No caso, fora afastado o fundamento relativo aos processos em andamento, restando somente a quantidade de drogas apreendidas para levar à conclusão de que o réu seria dedicado a atividades delituosas, portanto, deve ser aplicado, em seu favor, o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no HC n. 764.458/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023).

Ademais, o fato de o recorrente ter praticado o delito em local de grande circulação de jovens também não configura fundamentação idônea para o afastamento da pretendida redutora.

Desse modo, mantenho a conclusão exposta na decisão agravada, de que no acórdão impugnado não houve menção sobre elementos concretos e idôneos acerca da dedicação do recorrente às atividades criminosas ou de sua integração em organização criminosa, devendo ser reformado o acórdão para o reconhecimento do tráfico privilegiado em seu favor, com restabelecimento da pena imposta na sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no AREsp 2.441.519 / SC

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0293725-7

Número de Origem:

50067051620208240023

50128716420208240023

5012871642020824002350067051620208240023

50231856920208240023

Sessão Virtual de 05/12/2023 a 11/12/2023

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : TITO LIVIO POHL NETO

ADVOGADOS : FÁBIO AMÁBILE PATRÃO - SC013149

FABIAN FREITAS BITTENCOURT - SC025605

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 FEDERAL

AGRAVADO : TITO LIVIO POHL NETO

ADVOGADOS : FÁBIO AMÁBILE PATRÃO - SC013149

FABIAN FREITAS BITTENCOURT - SC025605

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 05/12/2023 a 11/12/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 12 de dezembro de 2023