



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2464746 - MT (2023/0350150-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MARCUS VINICIUS DA SILVA SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
AGRAVADO : MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra LAURITA VAZ, ocorrido em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022, Tema n. 1139, sob a égide dos recursos repetitivos, firmou a tese 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. 11.343/2006. 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 1º/2/2017).*

3. No presente caso, o Tribunal local formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o acusado se dedicava às atividades criminosas, não apenas em razão da existência de registro criminal, mas tendo em vista as circunstâncias em que ocorreu o delito - *mormente a apreensão de petrechos relacionados ao tráfico*, tudo, em conjunto, a indicar que não se trataria de traficante eventual. Assim, para se acolher a tese de que o envolvido não se dedica a atividade criminosa, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como requer a parte recorrente, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula 7/STJ.

4. Agrado 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de março de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2464746 - MT (2023/0350150-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MARCUS VINICIUS DA SILVA SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
AGRAVADO : MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra LAURITA VAZ, ocorrido em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022, Tema n. 1139, sob a égide dos recursos repetitivos, firmou a tese 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. 11.343/2006. 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 1º/2/2017).*

3. No presente caso, o Tribunal local formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o acusado se dedicava às atividades criminosas, não apenas em razão da existência de registro criminal, mas tendo em vista as circunstâncias em que ocorreu o delito - *mormente a apreensão de petrechos relacionados ao tráfico*, tudo, em conjunto, a indicar que não se trataria de traficante eventual. Assim, para se acolher a tese de que o envolvido não se dedica a atividade criminosa, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como requer a parte recorrente, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula 7/STJ.

4. Agrado regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por MARCUS VINICIUS DA SILVA SANTOS (e-STJ fls. 673/677) contra decisão monocrática de e-STJ fls. 660/665, que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

A parte agravante alega a incidência do benefício do tráfico privilegiado, uma vez que não há provas de que o acusado se dedica à atividade criminosa.

Requer, assim, a reconsideração. da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, deduz-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Busca-se o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Sabe-se que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, consequentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Quanto ao tema, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra LAURITA VAZ, ocorrido em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022, Tema n. 1139, sob a égide dos recursos repetitivos, firmou a tese 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. 11.343/2006. 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 1º/2/2017).

Abaixo, ementa do referido julgado:

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 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)

Na espécie, o Tribunal *a quo*, ao afastar o benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, decidiu (e-STJ fl. 534/537):

Isso porque, restou devidamente comprovado que o acusado praticava a venda de entorpecentes ilícitos de forma contumaz, sendo que as circunstâncias encontradas não condizem com os requisitos previstos no artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006.

Extrai-se dos autos, que após investigações policiais no combate ao Tráfico de Drogas em grupo de aplicativos de celular, os Investigadores lograram êxito em flagrar o acusado, Marcos Vinicius da Silva Santos, no dia 19/07/2021, aportando uma porção de substância esverdeada análoga a cannabis sativa (maconha). Já em sua residência, foi apreendido mais substâncias análogas a maconha, cocaína, balança de precisão, rolo de plástico pvc, além de dinheiro trocado.

No Laudo Pericial restou consignado 30 porções de material esbranquiçado, na forma de grânulos, envoltas individualmente por fragmento plástico cor predominantemente branca, massa brutal total de 22,95 g, de cocaína, além de 07 porções de material vegetal, de tonalidade castanha esverdeada, constituída de folhas, envoltas individualmente em fragmento plástico, vedados por nó, perfazendo uma massa bruta total de 171,32 g, de maconha, além da balança digital, rolo plástico filme e o valor de R\$ 157,00 (cento e cinquenta e sete reais), dinheiro trocado (Id nº 155822665 e 155822691)

Somado ao flagrante, Marcos Vinicius da Silva Santos confessa ser o dono dos entorpecentes, inclusive os achados na casa de sua namorada Michele, vejamos trecho do seu interrogatório, in verbis:

[...]

Assim sendo, apesar dos argumentos defensivos, invocando a primariedade e os bons antecedentes do acusado, a norma não pode e não deve ser banalizada com sua indiscriminada aplicação, de sorte que a intenção do legislador, instituindo um mecanismo benevolente, quis diferenciar os perfis de infratores, viabilizando um melhor dimensionamento da sanção penal aos pequenos e aos grandes traficantes, àqueles que ingressam nesta pernicioso trajetória e àqueles que já fazem do tráfico de drogas o seu modo de vida

[...]

Isso porque, em verdade, os fundamentos utilizados são distintos. Nas circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, o Magistrado Singular justificou serem desfavoráveis pela quantidade e natureza dos entorpecentes, por outro lado, na terceira fase, o argumento preponderante foi o registro criminal e a dedicação da prática da atividade criminosa.

Assim, não há qualquer mácula na dosimetria de pena aplicada pelo julgante sentenciante, razão pela qual deve ser mantida. Aliás, o quantum aplicado atende aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime

Ora, extrai-se do trecho acima que o Tribunal local formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o acusado se dedicava às atividades criminosas, não apenas em razão da existência de registro criminal, mas tendo em vista as circunstâncias em que ocorreu o delito - *mormente a apreensão de petrechos relacionados ao tráfico*, tudo, em conjunto, a indicar que não se trataria de traficante eventual.

Assim, para se acolher a tese de que o envolvido não se dedica a atividade criminosa, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como requer a parte recorrente, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula 7/STJ.

Sendo assim, o inconformismo não merece prosperar.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0350150-0

AgRg no
AREsp 2.464.746 /
MT
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 10120216720218110003

EM MESA

JULGADO: 05/03/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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 : **MARCUS VINICIUS DA SILVA SANTOS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO**
AGRAVADO : **MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : **MARCUS VINICIUS DA SILVA SANTOS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO**
AGRAVADO : **MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.