



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2521569 - RO (2023/0444783-5)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : JAQUELINE GRANJA DE ALMEIDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. OUTRAS PROVAS DA TRAFICÂNCIA, ALÉM DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (46 GRAMAS DE COCAÍNA). CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, §4º, LEI N. 11.343/2006). AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual a agravante foi condenada por tráfico de drogas, conforme art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, por manter em depósito 94 porções de cocaína, totalizando 46 gramas, prontas para venda.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se é possível a desclassificação do crime de tráfico de drogas para posse para uso e, subsidiariamente, a aplicação do redutor do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A desclassificação para uso foi afastada devido à quantidade de droga, forma de apresentação e circunstâncias da apreensão, que indicam tráfico, e o Tribunal de origem ressaltou que a prova testemunhal indica a mercancia da droga, além de outros elementos probatórios, como, por exemplo, embalagens, aparelhos celulares, balança de precisão etc. Destacou-se também que, ainda que a recorrente alegue que utiliza substância entorpecente em uso próprio, essa não é a realidade que se extrai dos autos, especialmente em razão dos depoimentos testemunhais e a forma como foi encontrada a

droga, além da quantidade apreendida, denotando claramente o emprego na mercancia da droga.

4. A aplicação do redutor do tráfico privilegiado foi reconhecida, pois não se pode usar ações penais em curso para afastar a causa especial de diminuição da pena.

5. A pena foi recalculada com a aplicação do redutor em seu patamar máximo, estabelecendo-se em 1 ano e 8 meses de reclusão e 167 dias-multa, em regime aberto, com substituição por penas restritivas de direito.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE RECALCULAR A PENA RELATIVA AO DELITO DO ART. 33 DA LEI ANTIDROGAS APLICADA, ESTABELECEANDO-A EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 167 DIAS-MULTA, A SER CUMPRIDA NO REGIME ABERTO. CONSIDERANDO O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP, SUBSTITUO A PENA CORPORAL POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DE ORIGEM.

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

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0444783-5

**AREsp 2.521.569 /
RO**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 70004234720228220011 70399105420228220001

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 : JAQUELINE GRANJA DE ALMEIDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2521569 - RO (2023/0444783-5)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : JAQUELINE GRANJA DE ALMEIDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. OUTRAS PROVAS DA TRAFICÂNCIA, ALÉM DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (46 GRAMAS DE COCAÍNA). CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, §4º, LEI N. 11.343/2006). AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual a agravante foi condenada por tráfico de drogas, conforme art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, por manter em depósito 94 porções de cocaína, totalizando 46 gramas, prontas para venda.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se é possível a desclassificação do crime de tráfico de drogas para posse para uso e, subsidiariamente, a aplicação do redutor do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A desclassificação para uso foi afastada devido à quantidade de droga, forma de apresentação e circunstâncias da apreensão, que indicam tráfico, e o Tribunal de origem ressaltou que a prova testemunhal indica a mercancia da droga, além de outros elementos probatórios, como, por exemplo, embalagens, aparelhos celulares, balança de precisão etc. Destacou-se também que, ainda que a recorrente alegue que utiliza substância entorpecente em uso próprio, essa não é a realidade que se extrai dos autos, especialmente em razão dos depoimentos testemunhais e a forma como foi encontrada a

droga, além da quantidade apreendida, denotando claramente o emprego na mercancia da droga.

4. A aplicação do redutor do tráfico privilegiado foi reconhecida, pois não se pode usar ações penais em curso para afastar a causa especial de diminuição da pena.

5. A pena foi recalculada com a aplicação do redutor em seu patamar máximo, estabelecendo-se em 1 ano e 8 meses de reclusão e 167 dias-multa, em regime aberto, com substituição por penas restritivas de direito.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE RECALCULAR A PENA RELATIVA AO DELITO DO ART. 33 DA LEI ANTIDROGAS APLICADA, ESTABELEECENDO-A EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 167 DIAS-MULTA, A SER CUMPRIDA NO REGIME ABERTO. CONSIDERANDO O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP, SUBSTITUO A PENA CORPORAL POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DE ORIGEM.

RELATÓRIO

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

A agravante foi condenada em primeira instância por incursão no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, porque, em 24/03/2022, tinha em depósito, para fins de tráfico, 94 porções de cocaína, com peso de 46 gramas, embaladas e prontas para venda.

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 aponta violação aos artigos 28 e 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Requer, em síntese, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de posse para uso e, subsidiariamente, o reconhecimento do tráfico privilegiado na fração máxima.

A análise das razões motivadas na origem indica que se encontram em linha com o entendimento desta Corte, a indicar a incidência da Súmula nº 83/STJ, o tribunal de origem reconheceu a autoria da agravante no crime de tráfico de drogas e afastou o pedido de desclassificação para uso, em razão das provas juntadas aos autos e notadamente nos depoimentos testemunhais, na forma como foi encontrada a droga, além da quantidade de entorpecentes apreendidos, celulares, balança de precisão e o dinheiro, circunstâncias que denotaram o emprego na mercancia da droga conforme se verifica da fundamentação adotada:

[...]

A materialidade está comprovada pela ocorrência policial, auto de prisão em flagrante delito, auto de apresentação e apreensão, laudos de exame toxicológico preliminar e definitivo, bem como pelas demais provas produzidas nos autos.

A apelante pleiteia a absolvição ao argumento de inexistência de provas de que a droga encontrada no terreno lindeiro à sua casa fosse de sua propriedade, e que não portava quantidade relevante de drogas ou outros insumos característicos de venda, defendendo que se trata apenas de usuária e não tem nenhum envolvimento com qualquer atividade relacionada ao tráfico de drogas.

é inquestionável, pois as provas carreadas nos autos comprovam Pela análise dos autos, a autoria que a apelante praticou, efetivamente, a conduta de tráfico de drogas descrita na denúncia, especialmente considerando que a droga apreendida no terreno vizinho ao seu imóvel era constantemente visitada por ela.

A apelante, em seu interrogatório, confirmou parcialmente a denúncia, apenas para dizer que é usuária de crack.

O art. 33, da Lei de Drogas é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se o seu tipo subjetivo no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. No caso, o simples fato de a droga ter sido encontrada em local ao qual a apelante frequentava

constantemente, além de os petrechos encontrados, denotam a prática de traficância.

As testemunhas ouvidas em juízo assim depuseram, conforme excerto abaixo transcrito da sentença:

[...]

A testemunha , em juízo, declarou que não conhecia Jaqueline, mas que locou uma casa a Anibaldo Natalino Sturmer ela, sendo que só depois de 15 (quinze) dias soube com o que ela “mexia”. Relatou que acompanhou os policiais na busca da droga, a qual estava enterrada em um pacote, próxima de um “pé de banana”, ao lado do muro da casa alugada. Não soube dizer se a casa alugada era movimentada. Esclareceu que possui outra casa, que também foi alugada para outra pessoa, onde residia uma mulher, a qual estava internada à época dos fatos.

Em juízo, a testemunha APC , declarou que foi convocado para participar de uma operação Edgley Queiros Bueno policial na casa da Jaqueline, momento que foi encontrado R\$ 541,00 (notas trocadas), no bolso dela, bem como uma balança de precisão e alguns celulares. Indicou que próximo ao terreno da residência estava uma pessoa chamada Joslaine, a qual seria chamada para ser testemunha, oportunidade em que constatou que ela estava anteriormente na casa de Jaqueline, pois havia deixado seu carregador. Relatou que, em razão disso, foram até o terreno vizinho, o qual era fechado e tinha portão de madeira, onde estava Joslaine, ocasião em que foi encontrada a droga. Declarou que Jaqueline estava com tornozeleira à época. Por fim, relatou que Joslaine teria declarado que era usuária de drogas e que os entorpecentes seriam de Jaqueline.

A testemunha , em juízo, declarou que à época passou na casa de Jaqueline para tomar café, Ismael Costa Vaz momento que chegaram os policiais e a Joslaine, sendo que neste dia estavam o depoente e Jaqueline “cheirando um pó” num prato. Por fim, relatou que não viu Joslaine antes, bem como que a polícia não teria lhe mostrado a droga encontrada.

A testemunha , a qual declarou em juízo que, no dia dos fatos, estava na casa de Jaqueline, Joslaine Rufino da Silva sendo que teria passado a noite anterior bebendo, bem como usaram droga e ficaram até amanhecer o dia na casa dela.

Relatou que estava indo novamente à casa de Jaqueline, momento em quando estava próxima da casa dela, os Agentes de Polícia lhe chamaram para acompanhar busca, mas que não sabia que ela vendia droga e não tinha conhecimento da droga enterrada.

O APC , em juízo, declarou que participou da investigação que incorreu na busca e Anderson Leme de Oliveira apreensão na residência de Jaqueline. Indicou que havia suspeitas que ela vinha praticando tráfico de drogas após sair da prisão, sendo que chegaram a encontrar Jaqueline com Cirlene, pessoa que também era envolvida com comércio de drogas em Tancredópolis. Esclareceu que, à época, foi identificado no mapa da tornozeleira de Jaqueline que ela se deslocava por diversas vezes ao local em que deixava a droga.

Em juízo, a testemunha APC , declarou que não participou da busca e apreensão, mas Ildefonso de Souza da Conceição que trabalhou na fase de investigação. Declarou que recebeu informação de que Cirlene vinha comercializando drogas e

chegou a ir a Tancredópolis, numa motocicleta vermelha, para fornecer entorpecentes naquele distrito. Relatou que, após investigações, foi até a casa de Cirlene, momento que encontrou Jaqueline no local, o que gerou suspeita, sendo que em seguida soube que ela havia sido presa em razão da prática de receptação de uma motocicleta. Informou que em razão disso constataram que Jaqueline estava envolvida com Cirlene no comércio de drogas, o que culminou na busca e apreensão na casa da Jaqueline, ocasião em que foi encontrada a droga.

A testemunha APC, em juízo, declarou que participou da busca e apreensão, sendo que, na Aldineia Santos Macial ocasião em que chegou na residência de Jaqueline, foi até o vizinho para chamar uma testemunha, momento em que constatou que uma pessoa estava mexendo no chão. Relatou que naquele momento a testemunha teria ido anteriormente na casa de Jaqueline, tendo deixado o seu celular conectado no carregador. Indicou que, na residência, havia um prato com entorpecentes. Esclareceu que, com ajuda de uma enxada, cavaram onde estava com a terra mexida, tendo sido encontrada a droga embalada. Por fim, relatou que era prática comum por Jaqueline esconder droga em terreno.

[...]

Os depoimentos de testemunhas policiais, em regra, possuem plena eficácia probatória, sendo tal presunção afastada apenas na presença de motivos concretos que coloquem em dúvida a veracidade de suas declarações, o que não se encontra nos autos.

Não bastassem os depoimentos dos policiais, há ainda a forma como a droga foi apresentada, em 94 porções de cocaína, totalizando 46g da droga dividida em pequenas porções prontas para venda, além de 3 aparelhos celulares, balança de precisão e R\$541,00, em espécie. Esta quantidade, aliada à forma de apresentação nos dá a verdadeira dimensão da prática desempenhada pelo apelante, bem diversa da alegada drogadição.

Esta situação, aliada às circunstâncias do fato, são suficientes para concluir pela comprovação suficiente da prática de tráfico, afastando o pedido de absolvição.

II – DO PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO

O art. 33, da Lei de Drogas é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. No caso, o simples fato de a droga ter sido encontrada em local frequentado com grande assiduidade pela apelante, na forma descrita no relatório de monitoramento eletrônico da tornazeleira eletrônica que utilizava, além de três aparelhos celulares sem origem comprovada, dinheiro e balança de precisão são fatores suficientes a indicar a prática do delito do tráfico.

Ressalto que a propriedade da droga é fato incontroverso, de forma que o cerne da questão aventada no recurso é averiguar o seu destino, se para comercialização ou uso.

Conquanto a apelante alegue que utiliza substância entorpecente em

uso próprio, essa não é a realidade que se extrai dos autos, especialmente em razão dos depoimentos testemunhais e a forma como foi encontrada a droga, além da quantidade apreendida, denotando claramente o emprego na mercancia da droga.

A quantidade de droga (), além dos 46g de cocaína dividida em 94 porções separadas para venda celulares, balança de precisão e dinheiro são suficientes para inferir que não se destinavam exclusivamente à consumo, pois além da quantidade de porções da droga apreendida, usuário não precisa de balança de precisão para fazer uso do entorpecente.

Na hipótese, a tese apresentada pela defesa restou isolada nos autos pois, ainda que se considerasse pertinente a alegação de que se trata de consumidora/viciada, não a exime da figura de traficante.

Nesse passo, considerando, sobretudo, as circunstâncias da prisão, conclui-se que a apelante comercializava drogas sem autorização legal, adequando-se perfeitamente o tipo penal do tráfico ilícito de drogas, aliada à circunstância da apreensão da droga, hábeis a retirar a possibilidade de se desclassificar o delito.

Anote-se que para desclassificar a infração para o crime previsto no art. 28, da Lei 11.343/06 teria de estar comprovado que o entorpecente se destinava única e exclusivamente ao consumo pessoal da , o que não restou demonstrado nos autos, embora fosse ônus que lhe incumbia. apelante Sabe-se que nada impede que traficante também seja usuário, uma vez que não raro este se utilize da venda para sustentar seu vício. Mas isso não tem o condão de desclassificar o crime de tráfico de drogas, pois a atividade pode ser cometida como meio de a apelante não apenas sustentar o vício como viver às custas do tráfico, o que também está reforçado por se tratar de reincidente específica.

Assim, diante do conjunto probatório colhido – natureza, quantidade da droga, condições em que se desenvolveu a ação e o local – inviável o acolhimento do pedido de desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o de consumo de drogas.

O Tribunal de origem ressaltou que, não bastassem os depoimentos dos policiais, há ainda a forma como a droga foi apresentada, em 94 porções de cocaína, totalizando 46g da droga dividida em pequenas porções prontas para venda, além de 3 aparelhos celulares, balança de precisão. Destacou também que, ainda que a recorrente alegue que utiliza substância entorpecente em uso próprio, essa não é a realidade que se extrai dos autos, especialmente em razão dos depoimentos testemunhais e a forma como foi encontrada a droga, além da quantidade apreendida, denotando claramente o emprego na mercancia da droga.

No mesmo sentido, cite-se o seguinte precedente da Quinta Turma, cujo entendimento se assemelha ao adotado pelo acórdão recorrido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NECESSIDADE

DE REEXAME DE PROVAS. 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 - Cumpre ressaltar que o habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a desclassificação de condutas imputadas, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita, em especial diante da fundamentação expendida pelas instâncias de origem, no sentido de que além da quantidade de drogas, se valeram de outros elementos para amparar a condenação do paciente.

III- In casu, observo que a Corte local, com base no depoimento dos policiais e nas circunstâncias da prisão em flagrante, concluiu que o paciente estava a praticar comércio espúrio de drogas. Desta feita, o acolhimento da pretensão defensiva - desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei de Entorpecentes -, segundo as alegações vertidas na exordial, demanda reexame de provas, medida interdita na via eleita do habeas corpus.

Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 850.993/ES, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 19/4/2024.)

Quanto ao pedido de aplicação da causa especial de redução da pena prevista no art. 33, §4º da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de origem entendeu que a recorrente é contumaz na prática delitiva (e-STJ fl. 396):

[...]

*Considerando que, apesar de ter sido apreendido pouco menos de 50g de COCAÍNA, é conveniente lembrar que tal quantidade estava fracionada em 94 pequenas porções e poderia ser vendida em diversos pontos da cidade onde a apelante reside ou, como restou demonstrado, ser fornecida no local e, assim configurar sua casa como “boca de fumo”, não sendo razoável concluir que o benefício pretendido não seja justificado. **Não se trata de uma situação em que a pessoa se viu enredada em uma situação isolada no mundo do tráfico, mas de alguém que dele faz meio de vida, comercializando drogas de potencial altamente danoso à sociedade e que são adquiridas de algum fornecedor de maior escala, evidenciando uma participação como integrante em uma organização maior, ressaltado, ainda, por seu prévio histórico de traficância em outros processos (os quais cito, apenas para ilustração, os de n. 7000687-98.2021.8.22.0011 e 7002282-35.2021.8.22.0011).** Minha visão jurídica para a matéria é a de haver necessidade de se punir de forma taxativa e exemplar toda a cadeia de refino, armazenamento, transporte e venda de drogas ilícitas em quantidades significativas, especialmente considerando a quantidade e natureza das drogas, de forma que não pode ser ignorada para que lhe seja reconhecida a diminuição da pena pretendida. Deste modo, não vejo fundamento para aplicação do benefício pleiteado.*

Ainda que o Tribunal de origem tenha apontado dois processos criminais (7000687-98.2021.8.22.0011 e 7002282- 35.2021.8.22.0011), em nenhum há sentença condenatória definitiva, haja vista que a pena-base foi aplicada no mínimo legal, porque se trata de ré primária.

Ambas as turmas criminais desta Corte Superior têm jurisprudência, segundo a qual, não se pode usar ações penais em curso como motivo para afastar a causa especial de diminuição da pena (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006). Nesse sentido:

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 presente feito, em se tratando da apreensão de 46 gramas de cocaína, a redutora deve ser aplicada em seu patamar máximo, qual seja o de 2/3 (dois terços), em linha com os precedentes supracitados.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de recalcular a pena relativa ao delito do art. 33 da Lei Antidrogas aplicada, estabelecendo-a em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 167 dias-multa, a ser cumprida no regime aberto. Considerando o preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP, substituo a pena corporal por duas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo de origem.

Se estiver preso, o paciente deverá ser imediatamente posto em liberdade, se outro motivo não justificar sua prisão.

É o voto.