



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2580811 - MG (2024/0070395-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LUCAS SANTOS RIBEIRO
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. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA AFASTAR A MINORANTE. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE DROGAS. APLICAÇÃO DA REDUTORA NO PATAMAR MÁXIMO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. Caso em exame

1. Agravo em recurso especial interposto por LUCAS contra decisão que inadmitiu o recurso especial. O Tribunal de origem afastou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão de o réu ser conhecido no meio policial, possuir ações penais em curso, além da quantidade e natureza das drogas apreendidas (4,90g de maconha, 10g de cocaína e 10,70g de crack).

II. Questão em discussão

2. A questão central consiste em verificar a idoneidade dos fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e se é possível a aplicação da referida minorante no patamar máximo.

III. Razões de decidir

3. O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão recorrida, sendo conhecido.

4. O Tribunal de origem afastou a aplicação da minorante com base em ações penais em curso, na alegação de que o réu era conhecido no meio policial, e na quantidade e natureza das drogas apreendidas. Contudo, a jurisprudência do STJ, consolidada no julgamento do REsp 1.977.027/PR (Tema Repetitivo n. 1.139), veda o uso de inquéritos ou ações penais em curso como fundamento para afastar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

5. Ademais, a afirmação de que o réu era "conhecido no meio policial" constitui fundamento genérico e insuficiente para afastar a aplicação da benesse, conforme reiterado em precedentes do STJ.

6. A quantidade de droga apreendida (4,90g de maconha, 10g de cocaína e 10,70g de crack) não se revela expressiva a ponto de justificar o afastamento da causa de diminuição ou a redução da fração aplicada. Dessa forma, é possível a aplicação da minorante no seu patamar máximo de 2/3.

7. Redimensionada a pena, o regime inicial deve ser o aberto, e a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL PARA APLICAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO GRAU MÁXIMO, FIXAR O REGIME ABERTO E SUBSTITUIR A PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

ACÓRDÃO

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 29 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2580811 - MG (2024/0070395-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LUCAS SANTOS RIBEIRO
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. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA AFASTAR A MINORANTE. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE DROGAS. APLICAÇÃO DA REDUTORA NO PATAMAR MÁXIMO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. Caso em exame

1. Agravo em recurso especial interposto por LUCAS contra decisão que inadmitiu o recurso especial. O Tribunal de origem afastou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão de o réu ser conhecido no meio policial, possuir ações penais em curso, além da quantidade e natureza das drogas apreendidas (4,90g de maconha, 10g de cocaína e 10,70g de crack).

II. Questão em discussão

2. A questão central consiste em verificar a idoneidade dos fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e se é possível a aplicação da referida minorante no patamar máximo.

III. Razões de decidir

3. O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão recorrida, sendo conhecido.

4. O Tribunal de origem afastou a aplicação da minorante com base em ações penais em curso, na alegação de que o réu era conhecido no meio policial, e na quantidade e natureza das drogas apreendidas. Contudo, a jurisprudência do STJ, consolidada no julgamento do REsp 1.977.027/PR (Tema Repetitivo n. 1.139), veda o uso de inquéritos ou ações penais em curso como fundamento para afastar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

5. Ademais, a afirmação de que o réu era "conhecido no meio policial" constitui fundamento genérico e insuficiente para afastar a aplicação da benesse, conforme reiterado em precedentes do STJ.

6. A quantidade de droga apreendida (4,90g de maconha, 10g de cocaína e 10,70g de crack) não se revela expressiva a ponto de justificar o afastamento da causa de diminuição ou a redução da fração aplicada. Dessa forma, é possível a aplicação da minorante no seu patamar máximo de 2/3.

7. Redimensionada a pena, o regime inicial deve ser o aberto, e a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL PARA APLICAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO GRAU MÁXIMO, FIXAR O REGIME ABERTO E SUBSTITUIR A PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

RELATÓRIO

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

Consta dos autos que o agravante foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, e §4º, da Lei 11.343/06, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Inconformados, apelação e defesa interpuseram recurso de apelação, sendo que o apelo defensivo não foi conhecido o recurso ministerial provido para decotar a minorante do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 reconhecida em favor de Lucas Santos Ribeiro e reconhecer a atenuante da menoridade relativa em favor deste, redimensionando a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa.

Foi interposto recurso especial pela defesa, apontando violação dos arts. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requeru o provimento do recurso para a aplicação do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

O recurso especial foi inadmitido com fundamento na Súmula 7/STJ.

Nas razões do agravo, o recorrente alega que não incide o referido

óbice sumular.

Contraminuta apresentada, na qual a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu desprovimento.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo para prover em parte o recurso especial, prejudicado o exame da fixação de regime mais brando.

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 como violado o art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Acerca do tema, o Tribunal de origem assim se manifestou (e-STJ fls. 368/369):

*Nessa esteira, após detido exame dos autos, **tenho como inadmissível a aplicação do benefício em questão em favor do recorrido, tendo em vista as informações trazidas pelos policiais, aliadas aos demais elementos colhidos, que revelam a dedicação de Lucas a atividades criminosas.***

Com efeito, os militares responsáveis pela ocorrência esclareceram que o apelado já era conhecido no meio policial, pois foi preso em diversas outras oportunidades, inclusive, “alguns anos” antes do flagrante, no mesmo local e pela prática do mesmo delito de tráfico de drogas.

Além disso, o policial Diego Coelho Barbosa Muniz acrescentou que Lucas atuava ativamente nesta prática criminosa, tanto como olheiro, quanto como traficante.

As declarações dos milicianos estão em consonância com as anotações constantes da FAC e CAC do recorrido, que evidenciam que Lucas responde por outros processos, também pela suposta prática de tráfico de drogas, tendo sido preso nas datas de 07/03/2019, 16/11/2019, 12/07/2020 e 15/04/2021, e estava em liberdade provisória quando foi, novamente, surpreendido perpetrando a traficância (menos de dois meses após ter-lhe sido concedido tal benefício).

Ademais, não se pode desconsiderar a quantidade e variedade de drogas apreendidas (3 buchas de maconha, pesando 4,90g, 14 microtubos de cocaína, totalizando 10g e 44 pedras de crack, pesando 10,70g), que, embora não seja, exclusivamente, circunstância determinante para se afastar a benesse ora discutida, aliada aos demais elementos de convicção colhidos, evidencia a dedicação do réu à prática do comércio de entorpecentes.

[...]

Portanto, sendo os requisitos da norma cumulativos e demonstrada a dedicação do recorrido a atividades criminosas, em especial o tráfico de drogas, não há como reconhecer em favor dele a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06.

De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 a 2/3, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

No caso dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem afastou a minorante em razão de haver provas nos autos, sobretudo extraídas do depoimento dos policiais militares, do seu envolvimento com o tráfico de drogas, já que "já era conhecido no meio policial, pois foi preso em diversas outras oportunidades, inclusive, "alguns anos" antes do flagrante, no mesmo local e pela prática do mesmo delito de tráfico de drogas".

Além do mais, consignou que a habitualidade delitiva do recorrente ficou demonstrada no fato de responder a outras ações penais pela prática do crime de tráfico de drogas.

Quanto à existência de ações em curso, no julgamento do REsp 1.977.027/PR, Tema Repetitivo n. 1.139, a Terceira Seção desta Corte firmou o entendimento de que é inadmissível a utilização de ações penais em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Confira-se a ementa do 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 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 - grifos acrescidos.).

Em relação ao fato de ser conhecido no meio policial, como bem apontado no AgRg no HC 889.063/SP, de Relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, "se, nos termos da Jurisprudência desta Corte, nem mesmo ações penais em curso podem embasar o afastamento da benesse referenciada, quiçá tal

afirmação de cunho genérico."

Extraí-se, portanto, que o Tribunal de origem entendeu pelo afastamento da aplicação do § 4º em razão da natureza/quantidade de drogas apreendidas, ações em curso, e por ser conhecido no meio policial, o que são argumentos inidôneos para tal, nos termos da jurisprudência já apresentada.

Sendo assim, aplico o redutor do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e, não existindo razões de destaque, faço em seu patamar máximo de 2/3, sobretudo porque a quantidade de droga apreendida não se revelou expressiva (3 buchas de maconha, pesando 4,90g, 14 microtubos de cocaína, totalizando 10g e 44 pedras de crack, pesando 10,70g).

Passo a redimensionar a pena.

A pena intermediária foi fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa (e-STJ fl. 369). Na terceira etapa, pelo acima exposto, verificadas as condições para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no patamar de 2/3, torno definitivo o quantum de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Não observando circunstâncias dignas de nota além daquelas já consideradas na dosimetria da pena, estabeleço o regime aberto como inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §2º c do CP.

Atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, a fim aplicar a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, e 166 dias-multa.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0070395-9

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.580.811 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000230267619003 13043993820218130024

EM MESA

JULGADO: 27/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LUCAS SANTOS RIBEIRO

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 recurso e deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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