

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.027 - PR (2021/0386675-7)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**RECORRENTE** : **JOÃO VICTOR RODRIGUES**  
**ADVOGADO** : **THIAGO ISSAO NAKAGAWA - PR049807**  
**RECORRIDO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**  
**INTERES.** : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO CUSTUS VULNERABILIS**  
**ADVOGADO** : **JOSÉ CARVALHO DO NASCIMENTO JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO - DF016550**  
**INTERES.** : **GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - GAETS - "AMICUS CURIAE"**  
**ADVOGADO** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**

**EMENTA**

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 litúgio, 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

# Superior Tribunal de Justiça

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.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, e 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", nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

O Dr. José Carvalho do Nascimento Júnior (Defensor Público da União) sustentou oralmente pela parte Interessada: Defensoria Pública da União.

O Dr. Eraldo Silveira Filho (Defensor Público) sustentou oralmente pela parte Interessada: Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores - Gaets.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2022 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora

# Superior Tribunal de Justiça

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.027 - PR (2021/0386675-7)

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**RECORRENTE** : **JOÃO VICTOR RODRIGUES**  
**ADVOGADO** : **THIAGO ISSAO NAKAGAWA - PR049807**  
**RECORRIDO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**  
**INTERES.** : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO CUSTUS VULNERABILIS**  
**ADVOGADO** : **JOSÉ CARVALHO DO NASCIMENTO JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO - DF016550**  
**INTERES.** : **GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - GAETS - "AMICUS CURIAE"**  
**ADVOGADO** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso especial interposto por JOÃO VICTOR RODRIGUES, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no julgamento da Apelação Criminal n. 0021731-28.2019.8.16.0014. 927

Consta dos autos que o Recorrente foi denunciado como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, por trazer consigo, para fins de tráfico, **2g de maconha** (fls.160-162). O Juízo de origem condenou-o como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos (fls. 970-977).

Irresignado, o Ministério Público recorreu ao Tribunal estadual, que deu provimento à apelação acusatória para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, redimensionando a pena imposta para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa (fl. 1209).

No recurso especial, aponta-se a existência de divergência jurisprudencial e contrariedade ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que o fundamento empregado pelo Tribunal de origem para impedir a aplicação da referida causa de diminuição de pena no caso em apreço é inidôneo.

A esse respeito, o Recorrente assevera que, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **a existência de inquéritos e ações penais em curso não pode**

**obstar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado.**

Contrarrazões às fls. 1247-1251.

Em 05/04/2022, a Terceira Seção desta Corte Superior afetou o presente recurso especial, juntamente com o RESP n. 1.977.180/PR, ao rito dos recursos especiais repetitivos, sendo-lhe atribuída a seguinte identificação: **Tema Repetitivo n. 1.139 - Possibilidade de inquéritos e ações penais em curso serem empregados na análise dos requisitos previstos para a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.**

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 1333-1341, opinando pelo **desprovimento** do recurso especial, pois: **a)** inquéritos e ações penais em curso são circunstâncias fáticas concretas que justificam a convicção acerca da dedicação do Acusado a atividades criminosas, o que seria suficiente para afastar a aplicação da minorante; **b)** os referidos elementos devem ser empregados na avaliação judicial, embora "*um registro de ação penal ou inquérito policial em curso não há de servir de motivação a que se tache réu de não merecedor da benesse*" (fl. 1338); **c)** o impedimento da valoração destes elementos configuraria indevido "*garantismo hiperbólico monocular*" e estímulo à criminalidade; e **d)** o emprego destes elementos é consentâneo com os princípios constitucionais da presunção de inocência, individualização da pena e vedação de proteção deficiente.

A Defensoria Pública da União, na qualidade de *custus vulnerabilis*, manifestou-se às fls. 575-586 do RESP n. 1.977.180/PR, que tramita conjuntamente a este, defendendo o **provimento** do recurso especial, uma vez que: **a)** se inquéritos e ações penais em curso não podem impactar nas demais fases da dosimetria, como maus antecedentes ou reincidência, é incongruente que se admita a sua utilização na terceira fase do cálculo penal; **b)** inquéritos e ações penais em curso podem resultar em absolvição ou outras formas de extinção da punibilidade, o que imporia à Defesa o ônus de impetrar *habeas corpus* ou revisões criminais para reparar a injustiça de sua utilização para negar a minorante processos diversos; **c)** a utilização de inquéritos e ações penais em curso para justificar o afastamento da minorante em debate revela um indevido inconformismo judicial com a política pública desenhada pelo Legislador no âmbito do enfrentamento ao tráfico de drogas; e **d)** a utilização de inquéritos e ações penais em curso é uma "*via rápida*" ou "*fast track investigativo*" desejada pelos órgãos da persecução penal, em detrimento de garantias fundamentais do Réu, com o fim exonerá-los do dever de investigar adequadamente os fatos e apresentar provas concretas acerca da eventual dedicação a atividades criminosas.

# *Superior Tribunal de Justiça*

É o relatório

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.027 - PR (2021/0386675-7)**

**EMENTA**

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.

# Superior Tribunal de Justiça

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.

## VOTO

### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Este recurso especial foi admitido como representativo de controvérsia, juntamente como o RESP n. 1.977.180/PR, a fim de uniformizar a interpretação da lei federal quanto à possibilidade de utilização de inquéritos e ações penais em curso como fundamento na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

O referido texto de lei federal possui a seguinte redação:

*"Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em 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:*

*Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.*

[...]

*§ 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 início, é importante ressaltar que, embora o texto legal tenha utilizado a expressão "*as penas **poderão** ser reduzidas*", é inadmissível qualquer exegese que pretenda configurar a aplicação da norma em comento como sendo mera faculdade do magistrado.

De fato, a inserção da referida minorante na legislação especial integra a ampla reforma legislativa empreendida pela Lei n. 11.343/06 na política de repressão e prevenção ao uso ilícito de drogas no Brasil. Desse modo, está o julgador adstrito a esta política criminal e aos critérios estabelecidos legalmente em seu conteúdo, sendo-lhe vedado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei, bem como negar a aplicação dos institutos nela previstos caso presentes os requisitos legais, sob pena de ofensa ao princípio da estrita legalidade penal e à separação de poderes.

Por essa razão, esta Corte Superior de Justiça já assentou, em diversas oportunidades, que a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06

# Superior Tribunal de Justiça

constitui **direito subjetivo do Acusado**, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua incidência com base em considerações subjetivas do julgador.

A esse respeito, cito os seguintes precedentes:

*"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. NÃO APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. NEGATIVA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (20 G DE MACONHA E 20 G DE COCAÍNA). IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA RESTABELECIDADA.*

1. No caso, a incidência da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) foi afastada pelo Tribunal a quo, somente com base na quantidade da droga apreendida - 20 g de cocaína e 20 g de maconha.

2. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso. (AgRg no REsp n. 1.838.014/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 10/2/2020).

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC n. 553.997/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 28/2/2020, sem grifos no original.)

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS EXPRESSAMENTE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.*

[...]

4. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso. Precedentes.

5. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp n. 1.663.688/GO, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 26/2/2021, sem grifos no original.)

Desse modo, a tarefa do Juiz, ao analisar à aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) ausência de dedicação a atividades criminosas; e d) ausência de integração a

# *Superior Tribunal de Justiça*

organização criminosa. A discussão ora posta consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem consistentemente diferenciado a utilização de inquéritos e ações penais em curso como fundamentos em duas situações distintas: a) na fundamentação de medidas de caráter precário, como a imposição de medidas cautelares pessoais; e b) na fundamentação de medidas de caráter definitivo, como é o caso daquelas referentes à imposição da pena.

É uníssono nesta Corte Superior que inquéritos e ações penais em curso podem ser utilizados para avaliar, em caráter preliminar e precário, a periculosidade do agente para fins de fundamentar eventual prisão cautelar. Isso se justifica porque esta medida acauteladora não exige que se afirme inequivocamente que o Réu provisoriamente segregado é o autor do delito ou que sua liberdade indubitavelmente oferece riscos, bastando que haja, nos termos do art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, "***indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado***".

Do mesmo modo, uma vez que a decisão de prisão cautelar é provisória, pode ser revertida a qualquer momento no curso do processo e não implica nenhum juízo peremptório acerca da conduta do Acusado, não se constata nenhuma violação ao princípio da presunção de não-culpabilidade na utilização de inquéritos e ações penais em curso para fundamentar a decisão que a decreta. Destaque-se, inclusive, que é vedada a utilização desta cautelar pessoal com caráter de cumprimento de pena antecipadamente.

A esse respeito, confira-se:

***"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGISTRO CRIMINAL ANTERIOR. PERICULOSIDADE DO RÉU. PRISÃO PREVENTIVA. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.***

***1. A decisão agravada não descurou do princípio da colegialidade, pois destacou situação prevista no inciso XX do art. 34 do Regimento Interno deste Superior Tribunal, que autoriza a decisão monocrática do habeas corpus quando houver jurisprudência dominante acerca do tema.***

***2. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, do caráter abstrato do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal***

# Superior Tribunal de Justiça

(arts. 312 e 315 do CPP).

3. *Em contexto de apreensão de 1 kg de cocaína e de prisão preventiva que perdurou durante toda a instrução criminal, foi negado ao condenado por tráfico de drogas o direito de apelar em liberdade ante a persistência do risco de reiteração delitiva, haja vista a gravidade da conduta e as passagens criminais anteriores que ostenta,. O Juiz observou o art. 387, § 1º, do CPP e a motivação externada revela a insuficiência de cautelares do art. 319 do CPP.*

**4. Consoante a jurisprudência desta Corte, inquéritos policiais ou ações penais em curso justificam a imposição de prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública.**

5. *Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 678.598/RS, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 14/12/2021, sem grifos no original.)*

Por outro lado, solução diversa tem sido dada por esta Corte quando se trata do emprego de inquéritos e ações penais em curso para fundamentar a imposição da própria sanção penal, decisão que possui caráter definitivo e que, portanto, demanda a satisfação de um *standard probatório* mais rigoroso do que aquele necessária às decisões cautelares.

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.

Isso porque, 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.

Este raciocínio conduziu o Superior Tribunal de Justiça à edição da Súmula n. 444, segundo a qual, *in verbis*: "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*" De fato, a mesma *ratio decidendi* que orientou a edição do entendimento sumular no sentido de que inquéritos e ações penais em curso não podem ser empregados, na primeira fase da dosimetria, para agravar a pena-base, justifica a impossibilidade

# Superior Tribunal de Justiça

de que esses mesmos parâmetros sejam empregados em outras etapas da dosimetria, como na avaliação de causas de diminuição de pena.

É de se destacar, especificamente quanto à minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, que todos os requisitos por ela exigidos 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.

Com efeito, 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. Do mesmo modo, para análise do requisito dos bons antecedentes, nos termos da já citada Súmula n. 444/STJ, é igualmente necessária a comprovação da existência de condenação penal com trânsito em julgado, sem a qual não é possível valorar negativamente os antecedentes do Apenado, abrangendo 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.

Nesse ponto, deve-se dar atenção à preocupação externalizada pela Defensoria Pública da União, na qualidade de *custus vulnerabilis*, acerca das dificuldades que o emprego ilegítimo de processos sem resultado definitivo pode acarretar à defesa. Isso porque, no caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação ou qualquer outro resultado nos inquéritos e ações penais em curso tomados como óbice à aplicação da minorante, 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 que demandam a assistência jurídica gratuita.

De fato, pensando-se no extremo da injustiça, é possível que os inquéritos e ações penais utilizados para afastar a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.344/06 perdurem por anos sem resultado definitivo e, somente depois que o Acusado houvesse cumprido integralmente a pena do delito de tráfico de drogas em que lhe foi negada a redução, fossem concluídos com resultado em favor do Réu. Nessa hipótese, não haveria medida capaz de sanar, ainda que

# *Superior Tribunal de Justiça*

parcialmente, o prejuízo causado pela privação da liberdade em um situação que admitiria, em tese, punição bem menos severa.

Sobre este problema, alerta a douta Defensoria Pública:

*"Ademais, a utilização de inquéritos e ações penais em curso para exasperar a pena, qualquer que seja sua justificativa, carrega em si a semente para uma **disfuncionalidade ainda mais grave**, pois transforma, necessariamente, qualquer sentença condenatória que, porventura, tenha se utilizado desses elementos concretos em decisões precárias. Isso ocorre porque o resultado das ações penais ou inquéritos utilizados poderão influir na ação penal julgada caso resultem em absolvição. Nesses casos **a defesa teria que se utilizar de meios de impugnação autônomos – como o habeas corpus e revisão criminal – para reduzir a pena. Esse cenário certamente causaria maior gravame aos mais vulneráveis, tendo em vista a carência de recursos e cobertura ainda limitada das defensorias públicas. Não se perca de vista que até mesmo os réus com recursos suficientes para contarem com a defesa de um advogado particular também enfrentariam problemas, pois se o inquérito ou ação penal em curso apenas alcançasse o trânsito em julgado após o cumprimento da pena, não haveria como se sanar a restrição de liberdade ilegal albergada pelo entendimento que o Órgão acusatório ora intenta legitimar.**"(fls. 580-581 do RESP n. 1.977.180, em apenso, sem grifos no original.)*

Após todas estas considerações, concluo ser acertada a compreensão de que inquéritos e ações penais em curso não podem ser empregados na avaliação dos requisitos exigidos para a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, uma posição que atualmente majoritária entre nos julgados emanados pelas turmas que compõem Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça.

A esse respeito, faço referência aos seguintes julgados, que foram lavrados por diversas relatorias:

**"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INSUFICIENTE A JUSTIFICAR A EXCLUSÃO DA MINORANTE. NOVO POSICIONAMENTO.**

**1. Na ausência das demais situações impeditivas da causa de diminuição da pena, tão somente a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode justificar a negativa de minorante, na esteira do entendimento, firmado sob a sistemática da repercussão geral.**

**2. Para a Jurisprudência desta Corte Superior, a existência de**

# *Superior Tribunal de Justiça*

*ações penais em curso, por si só, não constitui fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição do tráfico, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, constatada a primariedade e bons antecedentes da recorrente (AgRg no HC n. 679.839/SC, Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF/1ª Região), Sexta Turma, DJe 29/11/2021).*

*3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou reiteradas vezes que inquéritos e processos em curso não devem ser aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. Apoiado nesse entendimento, vem decidindo ser inadmissível a utilização de ação penal em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (AgRg no HC n. 698.026/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17/12/2021).*

*4. Agravo regimental provido a fim de determinar ao Juízo competente que aplique o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 2/3, além de reanalisar o regime de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos." (AgRg no HC n. 671.449/SC, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13/05/2022, sem grifos no original.)*

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

*1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o conseqüente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.*

***2. Inquéritos policiais e/ou ações penais em curso não constituem fundamento idôneo para provocar o afastamento do tráfico privilegiado, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.***

*3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp n. 1.970.723/DF, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe 14/02/2022, sem grifos no original.)*

**"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PROVA DA DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À INCIDÊNCIA DA REDUTORA, NA FRAÇÃO MÁXIMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

*- A incidência da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

- Na hipótese, embora o agravado fosse primário e possuísse bons antecedentes, a minorante foi afastada com base na existência de ações penais em curso contra ele.

- A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020), (HC 6.644.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 27/9/2021).

- Na espécie, não havendo prova da dedicação do agente à atividade criminosa, inexistia óbice à aplicação da causa de diminuição. Tendo em vista a quantidade não elevada das drogas apreendidas - 3,5 gramas de cocaína e 278 gramas de maconha (fl. 22) - , era mesmo possível a aplicação da fração máxima da redutora, em 2/3.

- Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 721.508/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/02/2022, sem grifos no original.)

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DA DROGA. CONDENAÇÃO NÃO GERADORA DE MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. ILEGALIDADE.**

1. Não obstante a natureza danosa da maioria dos estupefacientes, entende esta Corte Superior que a quantidade não expressiva da droga apreendida não impede a aplicação do redutor privilegiado do tráfico.

2. A existência de ação penal em curso, por si só, não constitui fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição do tráfico, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tendo ressaltado o Tribunal de origem a primariedade e bons antecedentes do paciente.

3. Agravo regimental improvido" (AgInt no HC n. 663.441/SP, relator Ministro Olindo Menezes (desembargador Convocado do Trf 1ª Região), Sexta Turma, DJe de 19/11/2021, sem grifos no original.)

No mesmo sentido deste entendimento, já há pronunciamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal:

**"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI**

# *Superior Tribunal de Justiça*

**11.343/2006. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

*1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada.*

*2. À luz do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, a existência de inquéritos ou ações penais em curso não constitui fundamento válido para afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.*

*3. Agravo regimental desprovido." (AgR no HC 177.670/MG, Rel. Ministro EDSON FACHIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 23/09/2020; sem grifos no original.)*

*"PENA - FIXAÇÃO - ANTECEDENTES - INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO - DESINFLUÊNCIA. O Pleno do Supremo, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 591.054, de minha relatoria, assentou a neutralidade, na definição dos antecedentes, de inquéritos ou processos em tramitação, considerado o princípio constitucional da não culpabilidade. PENA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO - ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 - CONDENAÇÕES NÃO DEFINITIVAS. Não cabe afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas com base em condenações não alcançadas pela preclusão maior." (HC 166.385, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2020, DJe 13/05/2020; sem grifos no original.)*

É relevante observar, ainda, que 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 elementos inidôneos, como é o caso de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto.

Do mesmo modo, não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois a 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.

Além disso, 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

# Superior Tribunal de Justiça

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*.

A esse respeito, mais uma vez destaco as considerações da *Custus Vulnerabilis*, agora em relação ao efeito que a admissão de inquéritos e ações penais em curso como elementos de prova tem sobre os órgãos da persecução penal. Conforme salientado em sua manifestação, não raras vezes, diante da existência destes registros, dispensa-se a busca por provas efetivas, tomando-se por certo a conclusão de que se trata de criminoso habitual já no início da persecução penal, em verdadeiro "*juízo automatizado*" (fl. 583, nos autos do recurso apenso). É evidente que essa postura tem impacto diferenciado sobre a parcela da população assistida pela Defensoria Pública, que geralmente vive em regiões que são alvo preferencial das agências de criminalização secundária e, por essa razão, estão sujeitos com maior frequência a serem imbricados em procedimentos criminais, inclusive naqueles contaminados por posturas que esta Corte tem empreendido grande esforço para erradicar, como reconhecimentos pessoais irregulares, invasões de domicílio, buscas pessoais sem motivação idônea, *etc.* Não há como esta Corte, que diuturnamente corrige ilegalidades em inquéritos e/ou ações penais em curso, afirmar que a existência destes elementos confere qualquer segurança para se concluir pela dedicação do Réu a atividades criminosas.

Por fim, 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/ou ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e/ou 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 diante de outros elementos dos autos.

# Superior Tribunal de Justiça

Por todo o exposto, tendo em vista que a *ratio decidendi* que aplico ao tema em análise vai ao encontro daquela que norteou a edição da Súmula n. 444/STJ e que onde há o mesmo fundamento deve haver a mesma solução jurídica – *ubi eadem ratio ibi idem ius* –, proponho, para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, a resolução da controvérsia repetitiva com a 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 julgamento do ERESP n.1.431.091/SP (DJe 01/02/2017)**.

No caso concreto, ao aplicar a tese ora firmada, verifico que a Corte de origem afastou a incidência do tráfico privilegiado nos seguintes termos:

*"Tem-se, portanto, quatro requisitos cumulativos para que o condenado faça jus a tal benefício, quais sejam: a) ser o agente primário; b) ter bons antecedentes; c) não se dedicar às atividades criminosas; e d) nem integrar organização criminosa.*

*Ocorre que, no caso em tela, conforme bem mencionado pelo d. representante do Ministério Público em sede de razões recursais, bem como, pela d. Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer opinativo em que pese ser o apelado tecnicamente primário e de bons antecedentes, abundam nos autos provas de que se dedica a atividades criminosas, de modo que não estão presentes todos os requisitos legais cumulativos para o reconhecimento da figura privilegiada.*

*Isso porque, verifica-se que **o réu registra ação penal em curso** (autos nº 0075577-28.2017.8.16.0014 – mov. 34.1) também pelo crime de tráfico de drogas, o qual encontra-se aguardando a realização da audiência de instrução e julgamento datada para 1º de novembro de 2021, conforme se verifica no mov. 91.1 dos referidos autos." (fl. 1207, sem grifos no original).*

Portanto, tendo em vista que a fundamentação apresentada é inidônea, pois restrita à indicação de inquéritos e ações penais em curso, aplico o redutor do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 na fração de 2 (dois terços), alcançado-se a pena final de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**.

Em razão do *quantum* da pena imposta, da primariedade e da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo o **regime inicial aberto** e substituo a pena privativa de liberdade por **2 (duas) penas restritivas de direitos**, a serem definidas pelo Juízo das

# *Superior Tribunal de Justiça*

Execuções, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, e do art. 44, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão. Ademais, para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, afirma-se 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"**.

É como voto.

# Superior Tribunal de Justiça

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0386675-7      **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.977.027 / PR**  
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 00217312820198160014

PAUTA: 10/08/2022

JULGADO: 10/08/2022

### Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

### AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOÃO VICTOR RODRIGUES  
ADVOGADO : THIAGO ISSAO NAKAGAWA - PR049807  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ  
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO CUSTUS VULNERABILIS  
ADVOGADO : JOSÉ CARVALHO DO NASCIMENTO JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO DA  
UNIÃO - DF016550  
INTERES. : GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS  
ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - GAETS -  
"AMICUS CURIAE"  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

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

### SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. José Carvalho do Nascimento Júnior (Defensor Público da União) sustentou oralmente pela parte Interessada: Defensoria Pública da União.

O Dr. Eraldo Silveira Filho (Defensor Público) sustentou oralmente pela parte Interessada: Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores - Gaets.

### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas)

# *Superior Tribunal de Justiça*

penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, e 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", nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior, Rogério Schiatti Cruz, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.