



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

### 1ª VICE-PRESIDÊNCIA

Autos nº. 0021731-28.2019.8.16.0014/1

Recurso: 0021731-28.2019.8.16.0014 Pet 1  
Classe Processual: Petição Criminal  
Assunto Principal: Tráfico de Drogas e Condutas Afins  
Requerente(s): • JOÃO VICTOR RODRIGUES  
Requerido(s): • Ministério Público do Estado do Paraná

1. JOÃO VICTOR RODRIGUES interpôs tempestivo recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça.

A defesa do Recorrente alegou violação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sustentando que a decisão colegiada contrariou Lei Federal ao reconhecer que inquéritos e ações penais em andamento são suficientes para afastar a figura do tráfico privilegiado. Aduziu, nesse sentido, que o Recorrente faz jus a incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista na Lei de Drogas, em seu patamar máximo, visto que preenche todos os requisitos legais exigidos.

2. Diante da multiplicidade de Recursos Especiais, com fundamento em idêntica questão de direito, qual seja, não aplicação da **causa especial de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da constatação da dedicação criminosa, pautada na presunção de culpabilidade em razão da existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento**, a demanda deve ser submetida ao procedimento dos Recursos Repetitivos, como representativo da controvérsia, nos termos dos artigos 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil e 256 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

#### DO RETROSPECTO DOS AUTOS

O Recurso Especial tem origem no recurso de Apelação Criminal, interposto pelo Recorrente, em razão de sua condenação pela prática de tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06).

Não obstante tal condenação, sustentou o Recorrente preencher os pressupostos legais dispostos no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 para a concessão da causa de diminuição de pena, quais sejam - (i) ser o agente primário; (ii) de bons antecedentes; (iii) não dedicação à atividade criminosa ou a organização criminosa.



Para tanto, afirmou que o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 166.385, 14.04.2020, Relator: Marco Aurélio), fundado no princípio constitucional da não culpabilidade, decidiu pela impossibilidade de que condenações não definitivas sejam utilizadas para justificar o afastamento do benefício do tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas).

**A questão, ora discutida, busca apurar se a existência de ações penais em curso e inquéritos policiais são elementos aptos à configuração da dedicação à atividade criminosa e, por conseguinte, se são fundamentos idôneos a obstar a incidência da causa de redução de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.**

Pois bem.

Do cotejo dos autos, verifica-se que a exordial acusatória, proposta em desfavor de JOÃO VICTOR RODRIGUES e Lucas Henrique Franco Gouveia, foi julgada procedente para o fim de condenar os acusados pela prática de tráfico de drogas, na forma do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, fazendo incidir sobre as penas a minorante, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (mov. 486.1, Ação Penal).

Contra a referida sentença, houve a interposição de Recurso de Apelação pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ e também pela defesa de JOÃO VICTOR RODRIGUES.

Na oportunidade do julgamento da Apelação, o Colegiado Estadual negou provimento ao Recurso DEFENSIVO e deu provimento ao Recurso do ÓRGÃO DE ACUSAÇÃO, para o fim de condenar JOÃO VICTOR RODRIGUES à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, afastando a aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, anteriormente concedida, em razão da constatação da dedicação à atividade criminosa.

De acordo com a Câmara julgadora, o ora Recorrente não faz jus à causa de redução de pena, porque registra em seu nome a ação penal em curso, elementos que indicaria sua dedicação à prática delitiva. Senão vejamos:

*"(...) Na terceira fase da dosimetria, conforme já mencionado, o representante do Ministério Público pugna pelo afastamento da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado. Com razão. No caso em tela, verifica-se que o Juízo de origem aplicou a referida benesse, sob o seguinte fundamento:*

*"Diminuo a pena do acusado no patamar de 2/3 (dois terços) diante da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, considerando que o réu é primário, possui bons antecedentes, não integra organização criminosa e nem se dedica à atividade criminosa, não havendo circunstâncias que justifiquem a não aplicação da causa de diminuição no patamar máximo, ficando a condenação em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, mantendo a multa no seu patamar mínimo, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, observando-se a situação econômica do réu demonstrada nos autos. Em que pese o requerimento do Ministério Público de não aplicação da causa de diminuição por ter o réu sido condenado em feito ainda sem trânsito em*



*julgado e por ostentar registros por atos infracionais, em razão da incidência do princípio da presunção de inocência, não se pode considerar que o réu se dedique a atividades criminosas”.*

O referido artigo nos traz que:

*“§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)”.*

*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. Neste ponto, vale mencionar que, o STJ entende ser possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações para formar a convicção de que o apelante se dedica as atividades criminosas, como ocorre no caso em tela. (...). Assim sendo, acolho o pleito Ministerial e afasto a referida causa especial de diminuição da pena, restando a pena definitiva referente a prática do delito de tráfico de drogas fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa” (Ap. crime, mov. 33.1, fls. 11/13).*

Como visto, da análise dos fundamentos do acórdão impugnado, infere-se que o Colegiado não fez incidir a causa de diminuição de pena relativa ao “tráfico privilegiado”, por entender que, embora o ora Recorrente fosse tecnicamente primário ao tempo dos fatos, o fato de responder por ação penal (autos nº 0075577-28.2017.8.16.0014 – mov. 34.1), também pelo crime de tráfico de drogas, constituiria fundamento idôneo a formação do juízo de convencimento de que JOÃO VICTOR RODRIGUES se dedicava à atividade criminosa.

Em sede de RECURSO ESPECIAL, JOÃO VICTOR RODRIGUES insurgiu-se contra a referida decisão, arguindo afronta à norma legal pautar a não concessão da minorante do §4º, do art. 33, da Lei de Drogas com base em ações penais em andamento e inquéritos policiais. Defendeu que, por não haver o transito em julgado da demanda criminal, deve ser considerado como primário e com bons antecedentes, em homenagem ao princípio da presunção da inocência (da não culpabilidade) (mov. 1.1).

Em contraposição, a representante do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ apresentou as contrarrazões, pugnando pelo não conhecimento do apelo Especial, em razão da incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, ante a necessidade de se verificar o preenchimento dos requisitos legais da figura do tráfico privilegiado (mov. 10.1).



## DO DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL

A norma infraconstitucional invocada na controvérsia, a fundar o presente Representativo é a previsão do **artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.**

## DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NA LEI DE DROGAS (ARTIGO 33, § 4º, LEI Nº 11.343/06) E DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

Nos termos dispostos no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, “*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*”. *In verbis*:

*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.*

*§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:*

*I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;*

*II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;*

*III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.*

*IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.*

*(...).*

*§ 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 acordo com o posicionamento da Corte Superior, faz jus à concessão da causa de redução de pena, comumente denominada como benefício do “tráfico privilegiado”, o (a) condenado (a) por



tráfico de drogas que apresentar, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não se dedicar à atividade criminosa; d) e não integrar organização criminosa.

Há unicidade entre o posicionamento da QUINTA E SEXTA TURMA no Superior Tribunal de Justiça acerca da a necessidade de apresentação cumulativa dos pressupostos legais para a obtenção da minorante. Senão vejamos:

*PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVALORAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. (...). 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1880951/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021 – destaque acrescentado);*

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES PELA AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO NÃO APRECIADO PELO COLEGIADO LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO PELA PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. (...). 2. De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, cumulativamente, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. 3. (...). 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 683.111/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2021, DJe 19/10/2021– destaque acrescentado).*

Seguindo a diante, ao foco da celeuma, verifica-se que em sessão de julgamento realizada em 14 de dezembro de 2016, a TERCEIRA SEÇÃO do STJ, em análise ao Embargos de Divergência em Recurso Especial EREsp 1431091/SP, chancelou a possibilidade de utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, nos seguintes termos:

*PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA.*



*ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente. III - **Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.** IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito". Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça. (REsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, **TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016**, DJe 01/02/2017- destaque acrescentado).*

Na oportunidade de tal julgamento, fora consignado no voto majoritário, que:

*“É consabido que inquéritos e ações penais em curso não podem ser valoradas como maus antecedentes, de modo a agravar a pena do Réu quando das circunstâncias judiciais avaliadas em dosimetria de pena na primeira fase, para fins de aumentar a pena-base.*

*Contudo, na espécie, não se trata de avaliação de inquéritos ou ações penais para agravar a situação do Réu condenado por tráfico de drogas, mas como forma de afastar um benefício legal, desde que existentes elementos concretos para concluir que ele se dedique à atividades criminosas, sendo inquestionável que em determinadas situações, a existência de investigações e/ou ações penais em andamento possam ser elementos aptos para formação da convicção do magistrado”. (fls. 12/13).*

Por força do referido precedente, que, na oportunidade, representou o alinhamento das TURMAS CRIMINAIS do Superior Tribunal de Justiça, passou-se a adotar de forma piramidal no âmbito do Poder Judiciário o entendimento de que “*é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06*”.

Contudo, mais recentemente, por ocasião de julgamentos proferidos no âmbito do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, as TURMAS CRIMINAIS da Corte Superior passaram a dissentir do posicionamento anteriormente adotado – indicando a ocorrência de overruling –, decidindo que “*O mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas*” (AgRg no HC n. 560.561/RS, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/2/2021, DJe 17/2/2021).



Isso porque, conforme mencionado, a SUPREMA CORTE, em inúmeros feitos, ao se debruçar na questão, fixou o entendimento de que “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”. (HC 193457 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 04-06-2021 PUBLIC 07-06-2021).

Em igual sentido, há diversos precedentes na SUPREMA CORTE, senão vejamos:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRESENTE SITUAÇÃO APTA A EXCEPCIONAR ESSE ENTENDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO PENAL EM CURSO. INVIABILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REEXAME. POSSIBILIDADE. 1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, ressalvado, nesta última hipótese, serem os fatos incontroversos e presente situação excepcional de flagrante ilegalidade ou teratologia que autorize a concessão da ordem de ofício. Precedente. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes. 3. Considerados a primariedade, os bons antecedentes ostentados pelo paciente, a pena-base fixada no mínimo legal, a quantidade de drogas não expressiva (39,12g de cocaína), bem como ausentes fortes indícios de envolvimento com organização criminosa ou de dedicação ao crime, impõe-se o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com o reexame, se o caso, pelo Tribunal local, do regime inicial de cumprimento da pena e da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 201616 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 21-10-2021 PUBLIC 22-10-2021- destaque acrescentado);*

*“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS OU AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 1.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – A orientação jurisprudencial da Segunda Turma desta Suprema Corte é no sentido de que deve ser idônea a fundamentação para justificar o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo insuficiente, por si só, a utilização de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado para comprovar a dedicação do paciente a atividades criminosas. II – Ordem de habeas corpus concedida para determinar ao Juízo competente que proceda à nova dosimetria da pena, aplicando a causa especial de redução prevista*



*no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fração que entenda adequada e suficiente para reprovação e prevenção do crime, com os demais consectários legais. III – Agravo ao qual se nega provimento. (HC 206001 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 22-10-2021 PUBLIC 25-10-2021 - destaque acrescentado).*

A partir do panorama referenciado, passou-se a identificar precedentes da CORTE SUPERIOR pela possibilidade de utilização de ações penais e inquéritos para afastar a minorante do §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, e outros pela impossibilidade de, por si só, obstar a redutora por tais fundamentos.

Pela possibilidade de ações penais em curso e inquéritos policiais pautarem a não concessão do tráfico privilegiado, apontam-se os seguintes precedentes:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. PROCESSOS EM ANDAMENTO E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. A jurisprudência firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, é no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. Precedentes. 3. O fato do envolvido responder a processos criminais, ainda que não configure reincidência ou maus antecedentes, justifica o afastamento do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que indica que o agente se dedica a atividade criminosa. 4. No caso concreto, as instâncias de origem concluíram pela dedicação do recorrente à atividade criminosa, considerando não apenas a existência de ação penal em curso, mas também a quantidade da droga apreendida (452 trouxinhas de cocaína), a forma como estavam acondicionadas, além da apreensão de petrechos para a produção das substâncias ilícitas. 5. Ademais, mesmo que assim não fosse, para se acolher a tese de que o agravante não se dedica a atividade criminosa, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como requer a parte recorrente, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula 7/STJ. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1932460/AM, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021);**

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO**



*EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO. I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade. III - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. IV - **Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, pois o agravante responde a outras duas ações penais por tráfico de drogas, além do presente feito, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. V - É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedicava às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, nos termos do voto já consignado na Terceira Seção, no julgamento do EREsp N. 1.431.091/SP de Relatoria do Ministro Felix Fischer. Agravo regimental desprovido.** (AgRg no HC 668.023/RS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 03/11/2021 - destaque acrescentado);*

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÕES DE NULIDADE PROCESSUAL POR INVERSÃO NA ORDEM DO INTERROGATÓRIO E DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO INCONFORMISMO TEMPESTIVAMENTE, ALÉM DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AÇÕES PENAIS EM CURSO DENOTAM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. "A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que, para se reconhecer nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, 'é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão'(HC 446.528/SP, Rel. p/ acórdão Ministro FELIX FISCHER, j. 11/9/2018, DJe 20/9/2018, grifos no original)" (AgRg no AREsp 1438743/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/9/2019). 2. "(...) é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a*



***afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, exatamente como ocorrido na espécie. Precedentes" (AgRg no HC 665.192/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/6/2021, DJe 14/6/2021). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1781483/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021- destaque acrescentado).***

Pela impossibilidade das ações penais em andamento e dos registros em inquéritos policiais constituírem, isoladamente, fundamento idôneo para o afastamento da causa de redução de pena, cita-se os seguintes julgados:

***AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. MINORANTE. DEFERIMENTO. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. 1. A Sexta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, passou a adotar a orientação de que inquéritos policiais e/ou ações penais sem trânsito em julgado não obstam a incidência da minorante do tráfico privilegiado, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. 2. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, assentou que a quantidade e natureza de substância entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não consistindo pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1846536/GO, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 19/11/2021 – destaque acrescentado);***

***AGRAVO REGIMENTAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PENA-BASE. FIXADA EM 2/5 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO PARA 1/6. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO EXORBITANTE. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VOLUME DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. SOPESADOS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Consoante dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". 2. No presente caso, a apreensão de 220g de maconha e 25g de crack justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, contudo, o patamar aplicado pelas instâncias de origem (2/5) revela-se desproporcional, devendo ser reduzido para 1/6. 3. No tocante à causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, recentemente esta Sexta Turma adotou o entendimento esposado pela Suprema Corte de que ações penais em curso não é circunstância suficiente para afastar a aplicação da minorante de tráfico de drogas. 4. In casu, o Tribunal a quo mencionou a reiteração delitiva do recorrente, contudo, tal fundamento não é idôneo para afastar a benesse. Ademais, o volume de estupefacientes apreendidos foi sopesados na primeira fase da dosimetria. 5. Dessa forma, a decisão monocrática***



*deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 684.988/AL, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 12/11/2021– destaque acrescentado);*

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STF. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER NECESSARIAMENTE OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente em situações excepcionais de notória ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 2. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 3. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegeesse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria. 4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena. 5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 7. Apenas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, podem ser utilizadas para modulação da fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que não utilizadas para fixação da pena-base. 8. **Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral).** 9. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas quando o afastamento do tráfico privilegiado fundou-se na*



*simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva, e nos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas", especialmente quando valorados na primeira fase da dosimetria, em evidente bis in idem. 10. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 673.877/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJE 16/11/2021– destaque acrescentado);*

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33. § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÕES PENAIS E INQUÉRITOS POLICIAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE NÃO EXORBITANTE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO PERMITE AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA E, PORTANTO, NÃO SE PRESTA PARA JUSTIFICAR A MODULAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal adotam o entendimento de que, em razão do princípio constitucional da presunção de 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 n. 11.343/2006. Nesse sentido: HC 166.385/MG (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA); AgRg no HC 177.670/MG (Rel. Ministro EDSON FACHIN, SEGUNDA TURMA).** 2. De acordo com a orientação fixada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento do Acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas. Assim, inexistentes outras características idôneas da conduta deletéria aptas a amparar conclusão nesse sentido, não é possível afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.34/2006 ou modular a fração dessa alguém do máximo legal com base somente na quantidade, natureza ou diversidade dos entorpecentes apreendidos. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1916665/AL, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 04/11/2021 – destaque acrescentado).*

Verifica-se, portanto, que a questão posta em análise é atual, apresenta relevância jurídica e social e demanda necessário enfrentamento.

Tanto que, muito recentemente, a TERCEIRA SEÇÃO da CORTE SUPERIOR, ao se debruçar sobre o tema, manifestou “adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06”. Acompanha-se:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA QUE NÃO PODE SER AFASTADA APENAS COM BASE NO FATO DO SENTENCIADO POSSUIR AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No acórdão paradigma, consignou-se que ações penais em andamento justificam, de forma idônea, o afastamento do art.*



33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 2. **No acórdão embargado, por seu turno, adotou-se posicionamento contrário, em razão de precedentes de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL- STF considerarem inidôneo o afastamento da referida causa de diminuição de pena com base apenas em ações penais em andamento, em atenção ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. 3. Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. 4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg nos EAREsp 1852098/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2021, DJE 03/11/2021– destaque acrescentado).**

**Não obstante o citado julgamento e sua importância, mostra-se imperiosa a formação de precedente qualificado e com força vinculante, por meio do Rito dos Recursos Repetitivos, a fim de solucionar a questão controvertida.**

Cumprir referir, ainda, que a matéria suscitada foi debatida no acórdão, bem como é suscitada nas razões recursais, estando, portanto, atendido o requisito de prequestionamento. Ademais, a interposição do Recurso Especial mostra-se tempestiva e regular, assim como o Recorrente trouxe argumentos relevantes e pontuais sobre o acórdão, o que permite a exata compreensão da controvérsia posta em debate, sem que demande análise probatória.

Desse modo, seleciona-se este Recurso especial como representativo da controvérsia e submete-se ao Superior Tribunal de Justiça a questão controvertida: “POSSIBILIDADE DAS AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO E DOS INQUÉRITOS POLICIAIS CONSTITUÍREM, ISOLADAMENTE, FUNDAMENTO IDÔNEO PARA O AFASTAMENTO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006” (Código de Assuntos do Conselho Nacional de Justiça: 287 – Direito Penal; 3603 – Crimes Previstos na Legislação Extravagante; 3607 – Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas; e 3608 – Tráfico de Drogas e Condutas Afins).

Diante da multiplicidade de recursos especiais, com fundamento em idêntica questão de direito, submeto, juntamente com esta, a demanda nº **0009541-40.2019.8.16.0044 PET 1** ao Superior Tribunal de Justiça, como representativa da controvérsia, nos termos dos artigos 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil e 256 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. Diante do exposto, **admito** o recurso especial interposto por MATEUS HENRIQUE DE OLIVEIRA VICENTE, **como representativo da controvérsia**, nos termos dos artigos 1.030, incisos IV e V, alíneas “a” e “b”, e 1.036, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.

4. Em que pese o disposto no artigo 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil, **deixa-se de determinar a suspensão de ações e/ou recursos** em trâmite no Estado do Paraná, nos quais se discute a matéria objeto da presente proposta de afetação pelo Superior Tribunal de Justiça. A decisão acerca da suspensão das ações e/ou recursos, entretanto, poderá ser revista pelo Ministro encarregado da análise da proposta de afetação.

5. Intimem-se, publique-se e, após o cumprimento das formalidades legais, remetam-se os autos ao Superior Tribunal de Justiça.



6. Comunique-se, com urgência, aos eminentes Desembargadores, Juízes Substitutos em 2º Grau, Juízes de Direito e Juízes Substitutos deste Tribunal.

7. Encaminhe-se cópia da presente decisão ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Núcleo de Ações Coletivas – NUGEPNAC, para que expeça Ofício à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, para informar acerca da remessa do presente Recurso Especial.

8. Comunique-se à Assessoria de Recursos.

Intimem-se.

Curitiba, data da assinatura digital.

Luiz Osório Moraes Panza

1º Vice-Presidente

G1V-12

