



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 609219 - SP (2020/0220455-8)

**RELATOR** : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
**AGRAVANTE** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : LEANDRO APARECIDO BONATO  
**ADVOGADO** : JANE YUKIKO MIZUNO - SP198462  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**INTERES.** : MATEUS HENRIQUE MONEZI (PRESO)  
**ADVOGADO** : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. 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. Decisão de relator fundada no art. 34, XX, do RISTJ não afronta o princípio da colegialidade nem configura cerceamento de defesa, tendo em vista o disposto na Súmula n. 568 do STJ, ainda que inviabilize a sustentação oral da parte interessada, pois a insurgência poderá ser submetida ao órgão julgador competente mediante a interposição de agravo regimental.

2. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

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. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

5. 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.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas quando o afastamento do tráfico privilegiado fundou-se única e exclusivamente na natureza ou quantidade de droga apreendida; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado com considerações exclusivamente acerca daqueles vetores.

10. Agravo regimental desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de setembro de 2021.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 609219 - SP (2020/0220455-8)

**RELATOR** : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
**AGRAVANTE** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : LEANDRO APARECIDO BONATO  
**ADVOGADO** : JANE YUKIKO MIZUNO - SP198462  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**INTERES.** : MATEUS HENRIQUE MONEZI (PRESO)  
**ADVOGADO** : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. 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. Decisão de relator fundada no art. 34, XX, do RISTJ não afronta o princípio da colegialidade nem configura cerceamento de defesa, tendo em vista o disposto na Súmula n. 568 do STJ, ainda que inviabilize a sustentação oral da parte interessada, pois a insurgência poderá ser submetida ao órgão julgador competente mediante a interposição de agravo regimental.

2. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

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 elegeisse 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. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

5. 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.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas quando o afastamento do tráfico privilegiado fundou-se única e exclusivamente na natureza ou quantidade de droga apreendida; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado com considerações exclusivamente acerca daqueles vetores.

10. Agravo regimental desprovido.

## RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 521-523, que deferiu pedido de extensão da ordem a Leandro Aparecido Bonato, reconhecendo seu direito à consideração, na dosimetria da pena, da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a ser adequadamente modulada pelo julgador em fração a ser motivadamente fixada.

Em primeiro grau, o ora agravado foi condenado às penas de 8 anos de reclusão no regime inicial fechado e de 1.200 dias-multa, pela prática dos delitos descritos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa para absolvê-lo do delito de associação para o tráfico. A pena-base foi fixada no mínimo legal, reconhecida a atenuante de menoridade relativa sem reflexo na pena (Súmula n. 231 do STJ) e afastado o tráfico privilegiado diante da expressiva quantidade de drogas apreendida – 2,1kg de maconha e 9,4g de cocaína. A reprimenda final ficou em 5 anos de reclusão no regime inicial fechado e em 500 dias-multa.

A decisão agravada reconheceu o alegado constrangimento ilegal, estendendo ao agravado os efeitos da decisão que concedera a ordem ao corréu Mateus Henrique Monezi, pois o único fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afastar o tráfico privilegiado fora a quantidade de drogas apreendida com eles.

Nas razões deste recurso, o agravante pugna pelo reconhecimento de ofensa ao princípio da colegialidade e insurge-se contra o fato de a decisão impugnada fundar-se em orientação do STJ que consta de *decisum* pendente do atributo de definitividade. Afirmo que o STF, no Tema n. 712, “especificamente, tratou da quantidade e natureza da droga – não dispondo sobre os aspectos pretendidos (dedicação a atividade criminosa e integração a organização criminosa)” (fl. 536)

É o relatório.

## VOTO

O recurso não comporta provimento.

A decisão de relator fundada no art. 34, XX, do RISTJ não afronta o princípio da colegialidade nem configura cerceamento de defesa, tendo em vista o disposto na Súmula n. 568 do STJ, ainda que inviabilize a sustentação oral da parte interessada, pois a insurgência poderá ser submetida ao órgão julgador competente mediante a interposição de agravo regimental. A propósito: AgRg no HC n. 608.109/SP, relator Ministro Joel Ilan Pacioernik, Quinta Turma, DJe de 20/10/2020; e AgRg no HC n. 602.702/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 20/10/2020.

No que se refere à suposta ausência de definitividade do indicado acórdão da Terceira Seção, de minha relatoria, utilizado como diretriz para a decisão agravada, registro que, em 18/8/2021, já houve o trânsito em julgado da decisão proferida no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP. Prejudicada, pois, a alegação.

Quanto ao mérito da decisão agravada, observo que se ancora em precedentes firmados em dois julgamentos distintos.

O primeiro, originado do RE n. 666.334/AM, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, em que se consolidou a Tese n. 712, no sentido de que os vetores "**natureza e quantidade de entorpecentes**" **não podem ser utilizados em duas fases da dosimetria da pena.**

O segundo, da decisão proferida no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP pela Terceira Seção, provocada a estancar as inúmeras divergências existentes entre as Turmas criminais do STJ quanto à possibilidade de utilização dos indicados vetores em diferentes fases da dosimetria. Partindo-se das premissas fixadas pelo STF na Tese n. 712, definiu-se a interpretação a ser conferida ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006, estipulando-se a obrigatoriedade de observância daqueles vetores na primeira fase da dosimetria. Confira-se a ementa do julgado:

PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER 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. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados aspectos que cercam a prática delituosa; os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade.

3. Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, que impede a ocorrência de *bis in idem*, intolerável na ordem constitucional brasileira.

4. O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, 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 elegeisse 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.

5. 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 desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao *status* de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

6. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura *bis in idem*, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.

10. Recurso provido para restabelecimento da sentença. (REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 1º/7/2021.)

Esse precedente firmou premissas a serem necessariamente observadas pelos julgadores na dosimetria da pena de condenações por tráfico de entorpecentes, **especificamente com relação à natureza e quantidade das drogas apreendidas:**

a) **devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pela necessidade de observância dos vetores indicados no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 como preponderantes;**

b) **não podem ser utilizadas concomitantemente na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena;**

c) **supletivamente, podem ser utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.**

Ademais, ficou definido que quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não valoradas na primeira etapa, para fixação da pena-base, podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Aplicando as mencionada diretrizes ao caso concreto, verifico que o Tribunal de origem confirmou o afastamento do tráfico privilegiado única e exclusivamente por força da grande quantidade de drogas apreendida – 2,1kg de maconha e 9,4g de cocaína –, que levou à presunção de dedicação a atividades criminosas, consoante se destaca do seguinte trecho (fls. 334-335):

E, na derradeira etapa, não era mesmo o caso de se aplicar aos réus, o redutor previsto no § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, ainda que afastado o delito de associação para o tráfico, tendo em vista a elevada quantidade de maconha apreendida (mais de 2,1 Kg de maconha, além de 9,4 gramas de cocaína), como bem decidiu o Juiz sentenciante. A meu juízo, o artigo 42 da Lei Antidrogas deve ser interpretado conjuntamente ao referido redutor, e, por isso, a quantidade de droga apreendida pode, e deve ser sim, considerada para afastar a sua aplicação, pois demonstra que os acusados se dedicavam a atividades criminosas, e não eram iniciantes no tráfico, conforme tem decidido a melhor jurisprudência, tanto que a eles foi confiada expressiva quantidade de maconha (de valor significativo, diga-se de passagem), a qual, após fracionado, atingiria uma infinidade de usuários.

Assim agindo, o Tribunal *a quo* decidiu em desacordo com a legislação de regência, o que configura constrangimento ilegal, passível de correção por esta via.

Não merece, pois, reparos a decisão que reconheceu ao ora agravado o direito à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0220455-8

**AgRg no  
HC 609.219 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15002199120198260318 8682019

EM MESA

JULGADO: 21/09/2021

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : SANTIAGO PASQUETTE PERES  
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : MATEUS HENRIQUE MONEZI (PRESO)  
CORRÉU : LEANDRO APARECIDO BONATO  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

**AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : LEANDRO APARECIDO BONATO  
ADVOGADO : JANE YUKIKO MIZUNO - SP198462  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
INTERES. : MATEUS HENRIQUE MONEZI (PRESO)  
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.