



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 810417 - SP (2023/0091064-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **CAMILA GOMEDIANO**
ADVOGADOS : **ERIC ANTONIO RIBEIRO - SP415160**
: **ADILSON ALVES DE FREITAS - SP413187**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA VINCULADA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS DAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM PARA AFASTAR O PRIVILÉGIO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 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.
2. 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).
3. Na hipótese, o Tribunal local entendeu que a minorante não poderia ser aplicada em razão da quantidade e da variedade de drogas, além de fundamentos relacionados à arrecadação de material para a preparação da droga, balanças e medidores de precisão e caderno de contabilidade, circunstâncias que não são aptas a afastar a benesse legal.
4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 06/02/2025 a 12/02/2025, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 13 de fevereiro de 2025.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 810417 - SP (2023/0091064-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CAMILA GOMEDIANO
ADVOGADOS : ERIC ANTONIO RIBEIRO - SP415160
ADILSON ALVES DE FREITAS - SP413187
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA VINCULADA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS DAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM PARA AFASTAR O PRIVILÉGIO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 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.

2. 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).

3. Na hipótese, o Tribunal local entendeu que a minorante não poderia ser aplicada em razão da quantidade e da variedade de drogas, além de fundamentos relacionados à arrecadação de material para a preparação da droga, balanças e medidores de precisão e caderno de contabilidade, circunstâncias que não são aptas a afastar a benesse legal.

4. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a decisão monocrática de e-STJ fls. 239/247, por meio da qual concedi parcialmente a ordem, para aplicar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, reduzindo-se às sanções para o patamar de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, nos termos ora delimitados.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação da defesa para absolvê-la em relação ao crime de associação para o tráfico de drogas, reduzindo a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado. O acórdão está assim ementado (e-STJ fl. 27):

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO Pretendido o reconhecimento da semi-imputabilidade da corré Camila, com a conversão do julgamento em diligência para a instauração de incidente de insanidade mental - Não Acolhimento - Ausência de indícios mínimos de que o agente fosse incapaz, ainda que relativamente, à época dos fatos - Preliminar afastada - Prova bastante segura do envolvimento dos réus com o narcotráfico, diante dos relatos dos policiais Negativas dos réus frágeis e isoladas - Condenação mantida Associação para o tráfico não demonstrada - Possibilidade de mero concurso de agentes Dúvida que milita em favor dos réus Absolvição decretada Dosimetria Reincidência do réu Marcos afastada devido ao decurso do período depurador - Regime fechado necessário Considerável quantidade e variedade de drogas, a recomendar enérgica interferência estatal Pleito de redução da pena de multa não acolhido Reprimenda pecuniária no piso (1/30 do salário mínimo), não sendo possível a redução da própria quantidade de dias-multa, que deve guardar proporção com a pena privativa de liberdade aplicada - Justiça gratuita Apreciação pelo Juízo das Execuções - Preliminar rejeitada e provimento parcial aos recursos dos réus para absolvê-los do crime de associação para o tráfico, bem como para afastar a agravante da reincidência do corréu Marcos.

Alegou a defesa, na presente impetração, a nulidade da prova colhida, em razão de ter sido violado o direito ao silêncio, uma vez que a paciente, embora ouvida como testemunha, veio a ser posteriormente denunciada e, além disso, as referidas declarações foram utilizadas em seu desfavor para embasar a condenação.

Além disso, subsidiariamente, afirmou que ela teria direito à aplicação da minorante descrita no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 103/104).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 204/226).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do writ (e-STJ fls. 228/235).

Às e-STJ fls. 239/247, concedi parcialmente a ordem para aplicar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, reduzindo-se às sanções para o patamar de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, nos termos delimitados.

Nesta oportunidade, o Ministério Público Federal afirma que *"o habeas corpus, por se constituir em ação de rito célere para combater violência ou coação à liberdade de locomoção, não comporta o aprofundamento no conjunto fático-probatório produzido nos autos. A pretensão do impetrante remonta, indubitavelmente, aos elementos de fato e prova coligidos nos autos, os quais não podem ser revistos na via eleita."*

Alega, ainda, que *"na hipótese em análise, o Tribunal de origem deixou de reconhecer o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por entender, com base no material fático-probatório dos autos, que não houve o preenchimento de todos os requisitos legais, especificamente a não dedicação às atividades criminosas."*

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Não obstante os argumentos do recorrente, tenho que o recurso de agravo regimental não merece prosperar.

Cumprе ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

Na hipótese, em relação à minorante do tráfico privilegiado, assentou a Corte de origem que a paciente não faria jus à benesse em virtude da quantidade e da variedade de drogas apreendidas, além da arrecadação de um caderno de contabilidade, material para a preparação da droga, cola, balanças e medidores de precisão e uma carta sobre a atividade de venda de entorpecentes.

No julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu a Terceira Seção desta Casa que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza não de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, a quantidade e natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento/modulação do benefício de forma supletiva e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa.

Transcrevo, por oportuno, estes excertos do acórdão:

Diferentemente da segunda e terceira fases da dosimetria, guiadas, em regra, pela necessidade de observância de circunstâncias específicas, cuja

aplicação encontra-se previamente determinada pelo legislador, a primeira fase de aplicação da pena confere maior discricionariedade ao julgador. Nessa etapa inaugural, os elementos negativos são identificados e calibrados pelo magistrado de primeiro grau (daí sua denominação como circunstâncias judiciais), provocando uma elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Durante a primeira fase, são analisados os mais variados aspectos que cercam a prática delituosa, com especificação dos elementos pertencentes aos genéricos vetores do art. 59, por determinação do art. 68, ambos do Código Penal. Pode-se afirmar que todos os elementos subjetivos e objetivos presentes no panorama que envolve o crime praticado podem, aqui, ser explorados (salvo se expressamente previstos em etapas subsequentes), já que o universo delimitado por aquele artigo é muito amplo, englobando o exame das circunstâncias, dos motivos e consequências do crime, do comportamento da vítima, da conduta social e da personalidade do agente, de sua culpabilidade e de seus antecedentes criminais. Difícil – e por que não dizer impossível? – imaginar elementos que estejam envolvidos com a prática delituosa e não sejam relacionados aos vetores indicados. Daí advém a característica de ser, em regra, uma fase residual, já que as posteriores são estruturadas com elementos específicos dela "pinçados" pelo legislador e reservados para fases posteriores. Dessa forma, há uma especialidade entre as etapas da dosimetria inversamente proporcional à ordem cronológica de sua ocorrência. Aos fatores legais da terceira fase (reservada às causas de aumento ou de diminuição de pena) atribui-se maior relevância do que aos da segunda e a estes, maior peso do que aos vetores da primeira. Em regra, somente podem ser utilizados para a fixação da pena-base (primeira etapa) elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. A aplicação do princípio da especialidade impede a ocorrência de bis in idem, intolerável em nossa ordem constitucional. Assim, elementos escolhidos pelo legislador para serem avaliados na segunda ou terceira fases da dosimetria não devem ser avaliados pelos julgadores nas fases anteriores (salvo de maneira excepcional, quando sobejantes).

Feitas essas considerações, volto nossa atenção a peculiaridades da dosimetria de pena previstas na lei de regência do tráfico de drogas, crime de perigo abstrato. A essência desse delito fez com que o legislador elege-se dois elementos específicos, "a natureza e a quantidade da substância apreendida", para serem necessariamente observados em etapas ou fases nas quais a análise dos vetores do art. 59 do CP se imponha por exigência legal. Dessa forma, o legislador elegeu esses elementos (que já estariam compreendidos no genérico vetor "circunstâncias") para consideração na primeira fase da dosimetria, elevando-os ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, que se diferenciam das demais pelo grau de especialidade que lhes foi conferido. Uma interpretação teleológica dessa especialidade ancora-se, certamente, na direta ligação desses elementos com o bem jurídico protegido. De fato, a existência de algum tipo ou de determinada quantidade de substância entorpecente é pressuposto que necessariamente molda o quadro fático-probatório envolvido na traficância, sendo a ela diretamente ligado, o que, ao certo, levou o legislador a determinar sua utilização na fixação da pena-base.

[...]

Dessa forma, nos crimes tipificados pela lei indicada, "a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendidos" (assim como a personalidade e a conduta social do agente) devem não apenas ser utilizadas para motivação da reprimenda básica como ser avaliadas com preponderância sobre quaisquer outros elementos que envolvam a prática do delito; isso em toda análise que exija, por determinação legal, a observância do art. 59 do Código Penal (não apenas aquela reservada à definição da

pena-base mas também a de escolha do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do § 3º do art. 33, a de substituição de exigências para suspensão condicional da pena, nos termos do § 2º do art. 78, todos do Código Penal).

[...]

Assim, considero que, na primeira etapa da dosimetria da pena em condenações de tráfico de drogas, deve-se necessariamente considerar o elemento preponderante "natureza e quantidade do entorpecente apreendido" para fixação da pena-base. Não há margem, na redação do artigo, para afastamento desse vetor por discricionariedade judicial, já que o princípio da especialidade exige sua prevalência.

Nessa linha de raciocínio, considero que não podem eles, por consequência, ser reservados para etapas subsequentes para as quais o legislador não tenha previsto, de forma específica, sua utilização (e o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não prevê esses elementos como requisito para a causa de diminuição de pena que estabelece, é bom lembrar).

[...]

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de primeira instância. Para garantia de uniformização da interpretação da legislação federal aplicável, proponho ainda o acolhimento expresso pela Terceira Seção das premissas de que:

1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006;

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, 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 a integração a organização criminosa;

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

Recebeu o julgado esta ementa:

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. 1887511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 9/6/2021, DJe 1º/7/2021.)

Consignei, na decisão monocrática, que "na espécie, o procedimento adotado pela instância ordinária não atendeu à previsão do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, de modo que deve ser afastada a circunstância relativa à quantidade de entorpecente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Ainda, os demais fundamentos elencados pelo Tribunal de origem não são aptos para afastar a benesse legal. (e-STJ fl. 245)

Além disso, para se alcançar a referida conclusão não houve a necessidade de realizar aprofundamento do conjunto fático-probatório, diferentemente do alegado pelo recorrente.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no HC 810.417 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0091064-6

Número de Origem:

15000778220188260137 20147712018 2018340552023826000 26632018 20183405520238260000

Sessão Virtual de 06/02/2025 a 12/02/2025

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ERIC ANTONIO RIBEIRO E OUTRO
ADVOGADOS : ERIC ANTONIO RIBEIRO - SP415160
ADILSON ALVES DE FREITAS - SP413187
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAMILA GOMEDIANO
CORRÉU : DANIELE CORREA
CORRÉU : DANILO BOTELHO DE SOUZA
CORRÉU : MARTA GOMES DO NASCIMENTO
CORRÉU : MARCOS PAULO DE MORAIS
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 : CAMILA GOMEDIANO

ADVOGADOS : ERIC ANTONIO RIBEIRO - SP415160
ADILSON ALVES DE FREITAS - SP413187
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 06/02/2025 a 12/02/2025, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 12 de fevereiro de 2025