



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 823414 - RJ (2023/0162491-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : HERICKSON CONSTANTINO DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : RAFAEL MAIA DA SILVA SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL E PERMANENTE NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS NÃO SÃO OBSTÁCULOS À APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, para a subsunção do comportamento do acusado ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é imperiosa a demonstração da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

2. Na espécie, não foram apontados elementos concretos que revelassem vínculo estável, habitual e permanente dos acusados para a prática do comércio de estupefacientes. O referido vínculo foi presumido pela Corte estadual, não ficando demonstrado o dolo associativo duradouro com objetivo de fomentar o tráfico, mediante uma estrutura organizada e divisão de tarefas.

3. À luz da jurisprudência desta Corte, a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão 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.

4. Para se alcançar essa conclusão, não é necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, pois a dissonância existente entre a jurisprudência desta Corte Superior e o entendimento das instâncias ordinárias revela-se unicamente jurídica, sendo possível constata-la da

simples leitura da sentença condenatória e do voto condutor do acórdão impugnado, a partir das premissas fáticas neles fixadas.

5. 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 27/02/2025 a 05/03/2025, 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, 06 de março de 2025.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 823414 - RJ (2023/0162491-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : HERICKSON CONSTANTINO DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : RAFAEL MAIA DA SILVA SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL E PERMANENTE NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS NÃO SÃO OBSTÁCULOS À APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, para a subsunção do comportamento do acusado ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é imperiosa a demonstração da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

2. Na espécie, não foram apontados elementos concretos que revelassem vínculo estável, habitual e permanente dos acusados para a prática do comércio de estupefacientes. O referido vínculo foi presumido pela Corte estadual, não ficando demonstrado o dolo associativo duradouro com objetivo de fomentar o tráfico, mediante uma estrutura organizada e divisão de tarefas.

3. À luz da jurisprudência desta Corte, a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão 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.

4. Para se alcançar essa conclusão, não é necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, pois a dissonância existente entre a jurisprudência desta Corte Superior e o entendimento das instâncias

ordinárias revela-se unicamente jurídica, sendo possível constatar a da simples leitura da sentença condenatória e do voto condutor do acórdão impugnado, a partir das premissas fáticas neles fixadas.

5. 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 por meio da qual concedi parcialmente a ordem para absolver os pacientes, ora agravados, do crime de associação para o tráfico, reconhecer a causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado e, por conseguinte, redimensionar suas reprimendas, fixando-lhes o regime semiaberto.

Por oportuno, transcrevo o relatório da decisão ora agravada (e-STJ fls. 180/181):

Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de HERICKSON CONSTANTINO DOS SANTOS e RAFAEL MAIA DA SILVA SANTOS apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Apelação Criminal n. 0095612-88.2022.8.19.0001, de Relatoria do Desembargador GILMAR AUGOSTO TEIXEIRA).

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, como incursos nas sanções dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, em concurso material, à pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

As apelações defensivas foram parcialmente providas, tão somente para reduzir as penas para 8 anos de reclusão (e-STJ fls. 108/138).

Daí o presente writ, no qual alega a defesa que não existem nos autos elementos de prova aptos a justificar o édito condenatório.

Sustenta, outrossim, ilegalidades na dosimetria da pena.

Requer, desse modo, inclusive liminarmente, a concessão da ordem "para determinar a imediata colocação dos pacientes em liberdade, relaxando-se ou revogando-se a prisão preventiva que lhes foi aplicada, para, ao final, seja confirmada a concessão da ordem em definitivo, nos mesmos termos postulados para a liminar, sejam os pacientes absolvidos quanto aos delitos dos artigos 33 e 35 da lei de drogas. Subsidiariamente, pelo princípio da eventualidade, seja conhecida e deferida a ordem, de modo a que a pena base seja estabelecida em seu mínimo legal, [...] e subsidiariamente, readequada com a exasperação na fração de 1/8, assim como seja reconhecida a incidência da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33, da lei de drogas, em sua fração máxima, fixando-se o regime inicial aberto e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como medida de JUSTIÇA" (e-STJ fl. 38).

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 141/142).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 145/149 e 158/161).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou, caso

conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 163/176).

Nas razões do presente agravo, o *Parquet* Federal, em relação ao crime de associação para o tráfico, alega que *"nos termos da jurisprudência do STJ, o entendimento é de que a droga acondicionada em embalagens utilizadas para a prática do tráfico de drogas, bem como a existência entre os acusados de uma associação estável para a prática do delito de tráfico de drogas, caracteriza estabilidade e permanência necessária a configuração do delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas"* (e-STJ fl. 221).

Afirma, ainda, que *"as circunstâncias em que houve a apreensão da droga, a quantidade e forma de acondicionamento de entorpecentes e a importância em dinheiro, são elementos aliados aos testemunhos dos Policiais Militares responsáveis pelo flagrante de que os Recorridos HERICKSON CONSTANTINO DOS SANTOS e RAFAEL MAIA DA SILVA SANTOS tinham uma ligação estabelecida assentada, com o objetivo de uma sociedade ilícita para fins de tráfico de drogas, devendo permanecer a condenação deles no crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06"* (e-STJ fl. 224).

Assim, requer a anulação da decisão agravada e o restabelecimento da condenação, na forma como decidido pelas instâncias ordinárias.

É o relatório.

VOTO

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

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

Inicialmente, transcrevo os fundamentos expostos pelo Tribunal de origem para fundamentar a manutenção da condenação dos agravados em relação ao delito de associação ao tráfico proferida pelo juízo de primeira instância (e-STJ fls. 125/126):

De igual modo, o acervo dos autos comprova de maneira indubitável a existência de uma associação para o tráfico de drogas, integrada pelos apelantes e outros indivíduos.

Estão presentes elementos empíricos que, conjugados com aqueles colhidos no curso da instrução probatória, demonstram a indistigável prática do delito do art. 35 da Lei nº 11.343/06:

a) é fato notório, que independe de prova, a existência de facções criminosas dedicadas ao narcotráfico instaladas em diversas comunidades do Estado do Rio de Janeiro;

b) segundo os relatos dos agentes da lei, o local onde os apelantes foram presos é dominado pela facção Comando Vermelho;

c) os recorrentes lidavam com uma quantidade expressiva de drogas com

inscrições alusivas ao tráfico local, não sendo crível que realizassem a mercancia ilícita naquela localidade sem que estivessem associados àquela facção criminosa.

d) um dos policiais afirmou em juízo que os recorrentes já eram conhecidos por atuar no tráfico de drogas naquela área desde a adolescência.

Há, portanto, indícios sérios e concludentes (CPP, art. 239) apontando no sentido de que os recorrentes faziam parte de uma associação estruturada, estável e permanente, para a prática do crime de tráfico de drogas, previamente organizada.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a tipificação do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é imperiosa a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

Confiram-se, nessa linha, os seguintes precedentes emanados desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO INFIRMADO O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CRIME DO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO. EXTENSÃO DOS EFEITOS DO JULGADO À CORRÉ.

[...]

3. Verificada a existência de ilegalidade evidente, apta a ser corrigida por meio da concessão de habeas corpus, de ofício.

4. Sem a demonstração concreta do ânimo do Acusado de associar-se de forma estável e permanente com outros Agentes, mostra-se indevida a condenação pelo delito tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 com fundamento na prisão de mais de um indivíduo envolvido na atividade ilícita, ou mesmo na apreensão de determinada quantidade de droga.

5. Considerando os fatos narrados e os precedentes desta Corte Superior sobre a matéria, tem-se que foi demonstrada tão somente a configuração do delito de tráfico de drogas, deixando a Jurisdição ordinária de descrever não apenas o concurso necessário de agentes, mas também fatos que demonstrassem o dolo e a existência objetiva de vínculo estável e permanente entre os agentes.

6. Diante do afastamento da condenação pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas, ora operado, não há óbice à incidência da minorante do tráfico privilegiado na fração máxima. Na hipótese, a quantidade de droga apreendida já foi utilizada na primeira fase da dosimetria.

7. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Concedido habeas corpus, de ofício, para absolver o Recorrente quanto ao crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 e redimensionar a pena imposta pela prática do crime de tráfico de drogas. Extensão dos efeitos do julgado à Corrê, que se encontra em idêntica situação processual, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

(AgRg no AREsp n. 2.136.872/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 15/12/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. SÚMULA 7 DO STJ. RECONSIDERAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA DA CONCRETA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO GRUPO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGAS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA.

1. A pretensão deduzida no pelo agravante prescinde de revolvimento fático-probatório, razão por que deve ser conhecido o agravo para conhecer o recurso especial, em ordem a que se evolua para o mérito.

2. Os dizeres do acórdão, com referências genéricas à configuração do tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006, como vínculo subjetivo entre os réus, não se afiguram suficientes para embasar e condenação nesse ponto da imputação.

3. O crime de associação para o tráfico (art. 35 - Lei 11.343/2006), mesmo formal ou de perigo, demanda os elementos "estabilidade" e "permanência" do vínculo associativo, que devem ser demonstrados de forma aceitável (razoável), ainda que não de forma rígida, para que se configure a *societas sceleris* e não um simples concurso de pessoas, é dizer, uma associação passageira e eventual.

4. É preciso atenção processual para a distinção, em cada caso, entre o crime de associação para o tráfico, nos termos do art. 35 da Lei 11.343/2006, e a coautoria mais complexa, não podendo a associação ser dada como comprovada por inferência do crime de tráfico perpetrado.

[...]

7. Provimento do agravo regimental. Conhecimento do agravo e do recurso especial. Provimento parcial do recurso especial. Absolvição do agravante da imputação pelo crime de associação para o tráfico (art. 386, VII - CPP). Redução da condenação pelo crime de tráfico para 5 anos e 10 meses de reclusão e 666 dias-multa, em regime fechado. Extensão do resultado à corré (art. 580 - CPP), com redução, em HC de ofício, pelo tráfico privilegiado. Condenação (re) fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, com substituição.

(AgRg no AREsp n. 1.936.383/SP, relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1º/4/2022.)

Conforme destacado na decisão recorrida, os elementos descritos por ocasião do exame da condenação pelo crime de associação para tráfico de entorpecentes não são suficientes para demonstrar a estabilidade e permanência da associação.

Diante desse cenário, no caso em exame, entendi que a condenação está amparada apenas na presunção decorrente da apreensão de drogas em local dominado por determinada facção criminosa. Contudo, não se revela apta a comprovar a estabilidade e permanência da associação.

Conforme já enfatizado por esta Corte, "*não se faz possível a condenação pelo delito de associação para o tráfico em razão de a prisão ter sido realizada em local sabidamente dominado por facção criminosa*" (AgRg no HC n. 734.103/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador convocado do TJDF, Sexta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023, negritos aditados).

Conclui, em suma, que a prova apontada no acórdão não indica a configuração da associação delitiva. A associação, neste caso, decorre de mera presunção. E esta Sexta Turma, de forma reiterada, tem repudiado a imposição de condenação sem a existência de elementos concretos que evidenciem a estabilidade da apontada associação.

Em sentido semelhante, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DELITO DE CONCURSO NECESSÁRIO. RÉU QUE FOI FLAGRADO, DENUNCIADO E CONDENADO SOZINHO. FLAGRANTE EM ÁREA DOMINADA POR FACÇÃO CRIMINOSA, APÓS TIROTEIO. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS, ARMA DE FOGO MUNICIADA E RÁDIOS TRANSMISSORES. JURISDIÇÃO ORDINÁRIA QUE NÃO DECLINOU OBJETIVA E CONCRETAMENTE A ESTABILIDADE E A PERMANÊNCIA DOS AGENTES PARA A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. ÔNUS QUE SE IMPÕE NO SISTEMA ACUSATÓRIO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. AGRAVO MINISTERIAL DESPROVIDO.

1. No caso, os elementos relativos à estabilidade e à permanência exigidas pelo crime de associação para o tráfico foram deduzidos do fato de o Acusado ter sido preso em flagrante em comunidade dominada por facção criminosa, na posse de determinada quantidade de entorpecentes com etiquetas alusivas ao referido grupo criminoso, oito rádios comunicadores e uma arma de fogo municada, quando estava junto de outros indivíduos não identificados, em um grupo que efetuou disparos contra a guarnição.

2. Ocorre que, ao que consta, não houve investigação prévia ou qualquer elemento de prova capaz de apontar que o Agravado estava associado, de forma estável (sólida) e permanente (duradoura) a qualquer indivíduo - mesmo porque foi preso em flagrante, denunciado e condenado sozinho. Observa-se, inclusive, que não foi mencionado o lapso temporal durante o qual o Acusado supostamente estava associado a membros da referida facção criminosa.

3. Portanto, considerando os fatos narrados e os precedentes desta Corte Superior sobre a matéria, tem-se que foi demonstrada tão somente a configuração do delito de tráfico de drogas, deixando a Jurisdição ordinária de descrever não apenas o concurso necessário de agentes, mas também fatos que demonstrassem o dolo e a existência objetiva de vínculo estável e permanente entre os agentes.

4. Concluir que a Jurisdição ordinária não se valeu do melhor direito para condenar o Agravado não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 35 da Lei de Drogas.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 717.721/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 18/11/2022, negritos adotados.)

Nesse contexto, afastei a condenação pelo delito de associação para o tráfico.

Além disso, redimensionei a exasperação da pena-base em razão da quantidade de entorpecente, pois, não obstante esse fundamento ser idôneo, o

quantum de aumento de 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal é desproporcional e desarrazoado. Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que é proporcional a fração de 1/6 (um sexto) para cada vetorial negativa, considerada no cálculo da pena-base, o que revela a necessidade de reparo na decisão agravada.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que é proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base, o que revela a idoneidade e a consequente desnecessidade de qualquer reparo na decisão agravada.

2. Ao contrário do sustentado pelo agravante, no caso, não houve necessidade de incursão no acervo probatório dos autos, para se concluir pela violação aos arts. 59 e 68 do Código Penal, uma vez que a situação fática já estava delineada no acórdão recorrido. Não há se falar, portanto, na incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 856.661/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017, grifei)

PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 14 DA LEI 6.368/1976). IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA. CULPABILIDADE ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO. QUANTUM. PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. O método trifásico de cálculo da pena busca viabilizar o exercício do direito de defesa, colocando o réu inteiramente a par de todas as etapas da individualização, uma vez que passa a conhecer o valor atribuído pelo juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes.

3. Desse modo, na primeira fase da dosimetria, a finalidade não é outra senão fixar a pena-base utilizando como instrumentos as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Como ponto de partida, utiliza-se o julgador da pena simples ou qualificada abstratamente prevista no preceito secundário do tipo. Aqui, o julgador possui o que se convencionou chamar de discricionariedade vinculada, porque atua dentro das margens, mínimo e máximo, estabelecidas pela apódose normativa previamente ponderada pelo legislador infraconstitucional. São dois desdobramentos essenciais do Princípio da Individualização

das penas (pena abstrata e pena em concreto), devendo ser analisados de maneira associada.

4. Conceitos vagos e genéricos, máxime quando insitos ao próprio tipo penal violado, são inservíveis para fins de majoração da pena-base (HC 144.765/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015).

5. Em atendimento ao princípio da proporcionalidade, quando presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima (HC 341.706/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016).

6. Estabelecida a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento, no caso, deveu-se à existência de circunstância judicial desfavorável, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. o 59, ambos do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação. (HC 368.214/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017, grifei)

Por conseguinte, considerada a primariedade e ausência de antecedentes dos recorridos, concedi-lhes a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a quantidade de drogas já havia sido utilizada na primeira etapa do cálculo dosimétrico.

Neste ponto, destaco que 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 delitosa, 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 par a 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.)

Assim sendo, mantidos os demais parâmetros dosimétricos em relação ao delito de tráfico de drogas, fixei a nova pena dos agravados em 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa.

O regime prisional, em face da existência de circunstância judicial desfavorável, é o semiaberto. Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA ACERCA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA MAJORAÇÃO DA PENA PELAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PENA ABAIXO DE 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É firme o posicionamento desta Corte no sentido da possibilidade de estabelecimento de regime inicial mais gravoso do que aquele indicado pelo quantum de pena estabelecido, quando presentes uma ou mais circunstâncias judiciais desfavoráveis, ex vi do art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, como na hipótese.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no HC n. 544.801/RO, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 13/10/2020.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE DO AGENTE. ILEGALIDADE CONSTATADA. REGIME FECHADO. PENA IGUAL A UM ANO DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

VI - Conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, em relação ao regime inicial para o resgate da reprimenda, além do quantum da pena, também deve haver a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

VII - In casu, consoante consta na decisão agravada, considerando o quantum de pena estabelecido (01 (um) ano de reclusão), bem como a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o semiaberto, mostra-se adequado ao caso, nos termos do artigo 33, parágrafo 3º do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 688.856/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do TJDF, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021.)

Pelas mesmas razões, afastei a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL NÃO CONSIDERADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA IGUAL A 8 ANOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REQUISITO SUBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONHECIMENTO PARCIAL DO HABEAS CORPUS E, NESSA EXTENSÃO, DENEGAÇÃO DA ORDEM.

[...]

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal. Não obstante a reprimenda final do paciente Emerson da Silva seja inferior a 4 anos, preenchendo o requisito objetivo do art. 44, I do CP, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos diante dos elementos concretos a figurar em demérito do paciente, a saber, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, o que, inclusive, ensejou aumento da sua pena-base.

6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(HC n. 389.213/SC, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/4/2018, DJe 9/4/2018.)

Por fim, ao contrário do que alega o *Parquet* no presente agravo, para se

alcançar as referidas conclusões, não é necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. Isso, porque a dissonância existente entre a jurisprudência desta Corte Superior e o entendimento das instâncias ordinárias revela-se unicamente jurídica, sendo possível constatá-la por meio da simples leitura da sentença condenatória e do voto condutor do acórdão proferido na origem, a partir das próprias premissas fáticas neles fixadas.

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 823.414 / RJ
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0162491-0

Número de Origem:
00956128820228190001 956128820228190001

Sessão Virtual de 27/02/2025 a 05/03/2025

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : HERICKSON CONSTANTINO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : RAFAEL MAIA DA SILVA SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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 : HERICKSON CONSTANTINO DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : RAFAEL MAIA DA SILVA SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em Sessão Virtual de 27/02/2025 a 05/03/2025, 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, 05 de março de 2025