



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2482636 - SP (2023/0379148-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS
AGRAVANTE : GEOVANNA MELLO DA SILVA
ADVOGADOS : DIEGO RIBEIRO GUERREIRO - SP468318
DIEGO DONIZETE FRANCO DE MELLO - SP464813
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE INDICA DESTINAÇÃO COMERCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. *BIS IN IDEM* NA VALORAÇÃO DA QUANTIDADE DA DROGA. CABIMENTO. PARCIAL PROVIMENTO PARA REDUZIR A PENA.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto por Leonardo Domingos Teixeira dos Santos e Geovanna Mello da Silva, contra acórdão que manteve a condenação pelo crime de tráfico de drogas, art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e fixou a pena-base acima do mínimo legal. Leonardo sustenta violação dos arts. 59 e 68 do CP, requerendo a fixação da pena-base no mínimo legal. Geovanna pleiteia a desclassificação para o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006) ou, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação do redutor do tráfico privilegiado no grau máximo.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se o comportamento de Geovanna se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio; (ii) a adequação da dosimetria da pena, especialmente quanto à valoração negativa das circunstâncias do crime e à aplicação do redutor do tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de posse para consumo próprio é inviável, quando o contexto fático evidencia destinação comercial, como a apreensão de balança de precisão, dinheiro fracionado e quantidade de drogas que, embora pequena (78,05g de cocaína), estava acompanhada de outros elementos que caracterizam a traficância.

4. A jurisprudência desta Corte admite a reavaliação de fatos incontroversos para determinar a correta subsunção ao tipo penal, não havendo necessidade de revolvimento do acervo probatório em casos que exigem apenas análise jurídica dos fatos provados.

5. A pena-base pode ser fixada acima do mínimo legal, considerando a valoração negativa de circunstâncias como o uso do domicílio para ocultar a atividade criminosa e a natureza da droga, elementos que justificam a maior reprovabilidade da conduta, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 59 do CP.

6. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser concedida quando o réu é primário e não há provas concretas de dedicação habitual a atividades criminosas. No caso de Geovanna, a negativa do redutor foi fundamentada de forma genérica, sem elementos que comprovem envolvimento contínuo com o tráfico.

7. A utilização da quantidade de drogas para justificar tanto a majoração da pena-base quanto para afastar a aplicação do redutor configura indevido *bis in idem*, conforme jurisprudência do STF e STJ, impondo-se a aplicação do redutor no grau máximo (2/3) para a recorrente Geovanna.

IV. RECURSO ESPECIAL DE LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS DESPROVIDO. RECURSO ESPECIAL DE GEOVANNA MELLO DA SILVA PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 1 ANO, 10 MESES E 21 DIAS DE RECLUSÃO E 189 DIAS-MULTA, BEM COMO FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer dos agravos para negar provimento ao recurso especial de LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS e dar parcial provimento ao recurso especial de GEOVANNA MELLO DA SILVA, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 28 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0379148-1

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.482.636 /

SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004601020238260154 0000460102023826015400041585020228260189
00041585020228260189 106412022 15028093520228260189

PAUTA: 26/11/2024

JULGADO: 26/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS

AGRAVANTE : GEOVANNA MELLO DA SILVA

ADVOGADOS : DIEGO RIBEIRO GUERREIRO - SP468318

DIEGO DONIZETE FRANCO DE MELLO - SP464813

AGRAVADO : 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

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, conheceu dos agravos para negar provimento ao recurso especial de LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS e dar parcial provimento ao recurso especial de GEOVANNA MELLO DA SILVA, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2482636 - SP (2023/0379148-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS
AGRAVANTE : GEOVANNA MELLO DA SILVA
ADVOGADOS : DIEGO RIBEIRO GUERREIRO - SP468318
DIEGO DONIZETE FRANCO DE MELLO - SP464813
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE INDICA DESTINAÇÃO COMERCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. *BIS IN IDEM* NA VALORAÇÃO DA QUANTIDADE DA DROGA. CABIMENTO. PARCIAL PROVIMENTO PARA REDUZIR A PENA.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto por Leonardo Domingos Teixeira dos Santos e Geovanna Mello da Silva, contra acórdão que manteve a condenação pelo crime de tráfico de drogas, art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e fixou a pena-base acima do mínimo legal. Leonardo sustenta violação dos arts. 59 e 68 do CP, requerendo a fixação da pena-base no mínimo legal. Geovanna pleiteia a desclassificação para o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006) ou, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação do redutor do tráfico privilegiado no grau máximo.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se o comportamento de Geovanna se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou à posse para consumo próprio; (ii) a adequação da dosimetria da pena, especialmente quanto à valoração negativa das circunstâncias do crime e à aplicação do redutor do tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de posse para consumo próprio é inviável, quando o contexto fático evidencia destinação comercial, como a apreensão de balança de precisão, dinheiro fracionado e quantidade de drogas que, embora pequena (78,05g de cocaína), estava acompanhada de outros elementos que caracterizam a traficância.

4. A jurisprudência desta Corte admite a reavaliação de fatos incontroversos para determinar a correta subsunção ao tipo penal, não havendo necessidade de revolvimento do acervo probatório em casos que exigem apenas análise jurídica dos fatos provados.

5. A pena-base pode ser fixada acima do mínimo legal, considerando a valoração negativa de circunstâncias como o uso do domicílio para ocultar a atividade criminosa e a natureza da droga, elementos que justificam a maior reprovabilidade da conduta, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 59 do CP.

6. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser concedida quando o réu é primário e não há provas concretas de dedicação habitual a atividades criminosas. No caso de Geovanna, a negativa do redutor foi fundamentada de forma genérica, sem elementos que comprovem envolvimento contínuo com o tráfico.

7. A utilização da quantidade de drogas para justificar tanto a majoração da pena-base quanto para afastar a aplicação do redutor configura indevido *bis in idem*, conforme jurisprudência do STF e STJ, impondo-se a aplicação do redutor no grau máximo (2/3) para a recorrente Geovanna.

IV. RECURSO ESPECIAL DE LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS DESPROVIDO. RECURSO ESPECIAL DE GEOVANNA MELLO DA SILVA PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 1 ANO, 10 MESES E 21 DIAS DE RECLUSÃO E 189 DIAS-MULTA, BEM COMO FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA.

RELATÓRIO

Trata-se de agravos interpostos contra decisões que inadmitiram os recursos especiais manejados pelos ora agravantes.

Consta dos autos que os agravantes foram condenados como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; GEOVANNA MELLO DA SILVA, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 666 dias-multa, e LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS, às penas de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de

777 dias-multa.

Em grau de apelação, a sentença foi reformada apenas para reduzir a pena de GEOVANNA MELLO DA SILVA para 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, e pagamento de 566 dias-multa, mantendo-se, no mais, a sentença recorrida.

Nas razões do recurso especial, LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS aponta violação dos arts. 59 e 68 do CP. Requer seja afastada a valoração negativa quanto à circunstância e natureza da droga apreendida, e consequente aplicação da pena-base no mínimo legal na primeira fase da dosimetria.

A recorrente GEOVANNA MELLO DA SILVA, em seu recurso especial, aponta contrariedade ao art. 28 da Lei n. 11.343/2006, bem como dos arts. 59 e 68 do CP e 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Pugna pela desclassificação da conduta para o crime de posse de droga para consumo pessoal ou a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da minorante do tráfico privilegiado no grau máximo.

Contraminuta apresentada, em que a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu desprovimento.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento dos agravos em recursos especiais.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da Súmula n. 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da Súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da Súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da Súmula 283 do STF).

Nas razões do recurso especial, LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS aponta violação dos arts. 59 e 68 do CP. Requer seja afastada a valoração negativa quanto à circunstância e natureza da droga apreendida, e consequente aplicação da pena-base no mínimo legal na primeira fase da dosimetria.

A recorrente GEOVANNA MELLO DA SILVA, em seu recurso especial, aponta contrariedade ao art. 28 da Lei n. 11.343/2006, bem como dos arts. 59 e 68 do CP e 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Pugna pela desclassificação da conduta para o crime de posse de droga para consumo pessoal ou a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da minorante do tráfico privilegiado no grau máximo.

A controvérsia posta em julgamento é se a conduta pela qual o paciente foi condenado é realmente típica de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) ou se amolda-se ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

Antes de adentrar na discussão posta, esclareço que ela não implica revolvimento fático-probatório, pois não se está a discutir aqui se o fato histórico narrado na denúncia e pelo qual o paciente foi condenado existiu ou não.

Vale dizer, a pergunta colocada não é se o paciente estava ou não em posse da droga ou se as substâncias foram ou não encontradas em sua residência (essas, sim, discussões que demandariam nova avaliação das provas produzidas nos autos).

A pergunta colocada é se o fato narrado na denúncia, que incontestavelmente aconteceu, se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas ou, na realidade, se amolda ao tipo penal da posse para consumo próprio, o que exige somente o necessário esforço interpretativo da norma penal e o juízo de subsunção dessa norma a tais fatos, já provados.

Essa Corte já entendeu pela possibilidade de analisar a desclassificação quando o caso exigia somente a "reavaliação de fatos incontroversos", como é a hipótese em questão. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (Lei n. 6.368/1976).

2. Na espécie em julgamento, não constam dos autos

elementos mínimos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas, haja vista a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, bem como a ausência de provas concretas sobre a traficância.

3. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória. O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória. Depende, ademais, da definição, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias de origem para condenar o réu pela prática do crime de tráfico de drogas, vis-à-vis os elementos (subjetivos e objetivos) do tipo penal respectivo.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 19/2/2024).

Passo assim à análise da controvérsia.

Da leitura dos tipos penais em questão, é possível observar que ambos criminalizam as condutas de "ter em depósito e trazer consigo" drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A diferença entre elas está na destinação que o portador da droga pretende conferir a ela. Isso porque o tipo penal do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 criminaliza tais condutas quando o indivíduo tiver por objetivo o "consumo pessoal". Já o art. 33 da mesma Lei não exige especial destinação.

O §2º do art. 28 ainda apresenta os parâmetros para se definir se a destinação da droga era para consumo próprio ou não, que são: (i) natureza da droga; (ii) quantidade da substância; (iii) local e as condições em que se desenvolveu a ação; (iv) as circunstâncias sociais e pessoais e (v) conduta e antecedentes.

Nesse sentido, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal houve por bem firmar a seguinte tese: "Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito" (Tema 506).

No presente feito, a condenação foi calcada nos seguintes elementos (e-STJ fls. 358-359):

*A condenação pela traficância era mesmo medida de rigor, considerando-se todo o conjunto probatório, **as condições em que os recorrentes foram presos, a par da quantidade de estupefaciente, quantia em dinheiro, balança de precisão, plástico filme e uma faca de cozinha, com resquícios de cocaína, como relatado, nada havendo nos autos no sentido de que os agentes da lei quisessem aleatoriamente incriminá-los.***

Oportuno lembrar, também, que o tipo do art. 33 da Lei Antidrogas é misto-alternativo, vale dizer, é dispensável a prova de efetiva venda de drogas, bastando que qualquer conduta constante do núcleo se faça presente para que a figura delitiva reste configurada.

A significativa quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, além das circunstâncias em que encontrados, demonstram que se destinavam, efetivamente, à prática do tráfico de drogas, não sendo possível se cogitar em desclassificar para o delito do artigo 28, da Lei Antidrogas.

O fato de os réus serem ou não usuários de entorpecentes não os exime da prática delitiva, até porque muitos comercializam drogas tendo como um dos objetivos custear seu próprio vício.

Como bem ressaltado pelo d. Juízo de Primeiro Grau, “embora a ré alegue que a droga seja para consumo próprio, as demais provas apontam em sentido contrário. A ré alegou que usava a balança para pesar a droga e confirmar se não foi enganada pelo traficante, mas se trata de versão inverossímil, além de o local de guarda da balança ser incompatível com essa cautela esporádica, sendo próprio do emprego para o tráfico. Já o réu negou ser traficante, mas para revelar que não diz a verdade, negou também ter conhecimento sobre e existência de droga com a ré, fato, como visto, relatado de forma diversa pela ré e pela testemunha Augusto” (fls. 255/256) (grifei).

Não há dúvidas, portanto, que era mesmo o caso de condenação dos apelantes pelo crime de tráfico de drogas.

Como se observa, embora a quantidade de droga seja pequena (78,05g de cocaína - e-STJ fl. 350), a Corte de origem destacou o contexto em que estava inserida, acompanhada de balança de precisão.

Importante consignar que é firme a jurisprudência desta Corte Superior que, "para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014). Nesse sentido, a conduta de "ter em depósito" pode caracterizar o tipo penal, ainda que a mercancia do ilícito não tenha sido visualizada.

Já em relação à dosimetria das penas, constou da sentença, que foi mantida pelo Tribunal de origem (e-STJ fl. 256):

Passa-se a dosimetria das penas. Da ré Geovanna. Na primeira fase, a pena base deve ser estabelecida 1/6 acima do mínimo legal em razão do uso do domicílio para blindar a atividade criminosa e buscar a impunidade, circunstância mais grave do crime, inclusive com o uso de uma criança de sete meses para servir à ocultação do entorpecente e da balança de precisão. Não se pode equiparar a gravidade do crime, seja no plano normativo (considerando o abuso da garantia constitucional), seja concreto do tráfico realizado na via pública, com enorme risco ao traficante e facilidade da atuação das forças policiais, com o tráfico realizado no interior do domicílio, que permite a reiteração criminosa e exige, ao contrário, enorme esforço do Estado para o combate. Ainda deve ser considerada a natureza da droga – cocaína, uma das mais nefastas à saúde pública na atualidade (art. 42 da Lei de Drogas), a impor incremento de 1/6 a pena mínima. Na segunda e terceira fases, nada a ser considerado, nem mesmo a causa de redução de pena porque as provas revelam a dedicação do autuado ao tráfico de forma reiterada, a despeito de sua primariedade. Nota-se que o fato dos autos é momento da atividade criminosa desenvolvida pela ré, a impedir o redutor do § 4º. Pena final de 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa no valor mínimo legal. O regime fechado é o mais adequado para o traficante contumaz, que tem emprego capaz de garantir o sustento, mas opta por atividade criminosa paralela. A pena impede solução alternativa ou sursis. Do réu Leonardo. Na primeira fase, as circunstâncias objetivas são comuns (circunstância do crime e natureza da droga), implicando pena base 1/3 acima do mínimo legal. Na segunda, a pena base deve ser aumentada de 1/6 em razão da reincidência do réu (f. 55/56). Na terceira fase, a reincidência veda o redutor do § 4º, que já seria inviável ante as provas reveladoras de dedicação do autuado ao tráfico de forma reiterada. Nota-se que o fato dos autos é momento da atividade criminosa desenvolvida pelo autuado, a impedir o redutor do § 4º. Pena final de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa no valor mínimo legal. O regime fechado é o único cabível para o traficante contumaz e reincidente com pena superior a quatro anos.

Como se vê, quanto à pena-base de ambos os recorrentes, houve o aumento de 1/3, em razão do “uso do domicílio para blindar a atividade criminosa e buscar a impunidade, circunstância mais grave do crime, inclusive com o uso de uma criança de sete meses para servir à ocultação do entorpecente e da balança de precisão”, bem como pela natureza da droga apreendida (78,05g de cocaína), elementos idôneos para fundamentar o aumento da pena basilar. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO.

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO EVIDENCIADA.

I - Não se conhece de habeas corpus substitutivo de revisão criminal.

II - Na hipótese de ilegalidade flagrante, concede-se a ordem de ofício. Precedentes.

III - Não há ilegalidade na exasperação da basilar no patamar de 1/8 a incidir sobre o intervalo entre as penas mínimas e máximas abstratamente cominadas ao crime, para cada circunstância judicial, em razão da valoração negativa das vetoriais da culpabilidade e das circunstâncias do delito, uma vez que apontados elementos concretos e idôneos para tanto, quais sejam, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, de maior potencial lesivo (cocaína e crack), bem como o fato do agravante guardar as substâncias entorpecentes na residência em que morava com seus filhos menores. Precedentes.

IV - Uma vez que foram apontados argumentos concretos e idôneos dos autos para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo de proporcionalidade feito pela instância de origem para reduzir a reprimenda-base estabelecida ao acusado" (AgRg no HC n. 839.052/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 3/6/2024.)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 927.292/ES, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 19/9/2024.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DESCRITA NO INCISO VI DO ART. 40 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO MANDAMUS. MENORIDADE COMPROVADA POR DOCUMENTO DOTADO DE FÉ PÚBLICA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. ART. 42, DA LEI DE DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

IV - As instâncias ordinárias, de forma motivada e fundamentada de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram mormente a quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos (21 porções crack - 5,1g, 26 porções cocaína - 12,4g

e 16 porções maconha - 93, 5), para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ.

V - "A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático, levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime" (AgRg no HC n. 188.873/AC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 16/10/2013).

Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 732.523/SC, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.)

No que se refere à minorante do tráfico privilegiado, verifica-se que o benefício foi negado à recorrente GEOVANNA, "pois a apelante, embora primária, não era uma mera traficante ocasional. Além de se dedicar à atividade criminosa, tinha em depósito significativa quantidade de entorpecente, isto é, três porções de cocaína, com massa total líquida de 78,05 gramas, droga de alto potencial vulnerante" (e-STJ fls. 359-360).

A aplicação do redutor do tráfico privilegiado, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, depende da primariedade do réu, da inexistência de dedicação a atividades criminosas e da não integração em organizações criminosas, requisitos que devem ser analisados de forma concreta e individualizada.

A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça veda a utilização da quantidade de drogas tanto para majorar a pena-base quanto para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sob pena de configurar *bis in idem*.

No caso, não há provas concretas de que a recorrente GEOVANNA se dedique de forma habitual a atividades criminosas, mas apenas ilações acerca da dedicação a atividades criminosas, de modo que, sendo primária, torna-se cabível a aplicação do redutor.

Ademais, a quantidade de drogas foi considerada também na terceira fase, para afastar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o que configura indevido *bis in idem*. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. QUANTIDADE E QUALIDADE EMPREGADAS NA PRIMEIRA FASE. BIS IN IDEM. AUSÊNCIA DE PROVAS DA DEDICAÇÃO OU ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

2. A Terceira Seção, em decisão proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

3. Na hipótese, a quantidade e qualidade das drogas foram empegadas para a majoração da pena-base, razão pela qual a aplicação na última fase acarretaria em indevido bis in idem. Ademais, não foram apresentados elementos seguros para concluir pela dedicação ou envolvimento com organização criminosa.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.685.704/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/9/2024, DJe de 1/10/2024.)

Passo, assim, ao redimensionamento da pena da recorrente GEOVANNA, partindo-se da pena intermediária, que foi fixada em 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, e pagamento de 566 dias-multa (e-STJ fl. 360), na terceira etapa, aplico a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, no grau máximo de 2/3, resultando a pena definitiva o *quantum* de 1 ano, 10 meses e 21 dias de reclusão e 189 dias-multa.

Considerando o novo montante de pena, inferior a 4 anos de reclusão, e a existência de circunstância judicial desfavorável, mostra-se cabível a fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Ante o exposto, **conheço** dos agravos para **negar provimento ao recurso especial de LEONARDO DOMINGOS TEIXEIRA DOS SANTOS e dar parcial provimento ao recurso especial de GEOVANNA MELLO DA SILVA**, para redimensionar a pena para 1 ano, 10 meses e 21 dias de reclusão e 189 dias-multa,

bem como fixar o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

É o voto.