



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 865108 - PE (2023/0393016-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ELTON PEDRO BARBOSA (PRESO)
ADVOGADOS : YURI AZEVEDO HERCULANO - PE028018
VICTOR DE LEMOS PONTES - PE049315
NATHAN CRISTOVÃO DA SILVA LIMA - PE058549
VITÓRIA CRISTINA GOMES SANTOS - PE061557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO. 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 12/12/2024 a 18/12/2024, 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, 19 de dezembro de 2024.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 865108 - PE (2023/0393016-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ELTON PEDRO BARBOSA (PRESO)
ADVOGADOS : YURI AZEVEDO HERCULANO - PE028018
VICTOR DE LEMOS PONTES - PE049315
NATHAN CRISTOVÃO DA SILVA LIMA - PE058549
VITÓRIA CRISTINA GOMES SANTOS - PE061557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO. 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 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.

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.

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, de ofício, absolvi o paciente do crime de associação para o tráfico e concedi parcialmente a ordem para reconhecer a causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

Por oportuno, transcrevo o relatório da decisão ora agravada (e-STJ fls. 96/109):

Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de ELTON PEDRO BARBOSA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Apelação n.0015231-55.2019.8.17.0001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, art. 12, caput, da Lei n. 10.826/2003 e art. 278 do Código Penal, às penas de 5 anos de reclusão e 2 anos de detenção, no regime inicial fechado.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Parquet para condenar o paciente à 3 anos de reclusão por ter agido incurso no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 17/30):

EMENTA: APELAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCADOMICILIAR. CONSENTIMENTO DO MORADOR. VALIDADE. AUSÊNCIA DE COERÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADOS. DEPOIMENTO DE AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. ART. 278, CP. ELEMENTO SUBJETIVOESPECIAL DE FINALIDADE COMERCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICOPRIVILEGIADO AFASTADO. PRESENÇA DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. CONCURSO MATERIAL. APELO DO RÉU DESPROVIDO. APELO MINISTERIAL PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A busca domiciliar é espécie de medida cautelar que se destina à conservação de pessoas ou bens úteis ao processo criminal. Como toda providência de natureza cautelar, pressupõe a demonstração do *fumus boni juris* (razoável probabilidade de que o objeto da diligência relacione-se a fato criminoso) e do *periculum in mora* (risco de perecimento da pessoa ou coisa cuja preservação seja útil ao processo). 2. A execução da medida exige a expedição do competente mandado judicial de busca e apreensão, diante da reserva de jurisdição que incide sobre a

diligência (haja vista a restrição à fruição ou gozo de direitos fundamentais), além da observância das demais formalidades cominadas pelos arts. 243 e 245, CPP, nos quais se discriminam os elementos integrantes do mandado de busca e o procedimento a ser adotado pelas autoridades responsáveis por seu cumprimento. 3. É dizer, via de regra, a execução da medida de busca domiciliar, seja a título de providência cautelar ou diligência probatória, exige a observância das formalidades inscritas nos arts. 243 c/c 245, CPP, dentre elas a expedição do competente mandado judicial e a leitura de seu conteúdo perante o morador. 4. A execução da diligência à revelia de determinação judicial, por outro lado, deve se dar em hipóteses excepcionais, apenas nos casos deflagrante delito ou mediante consentimento expresso, inequívoco e voluntário do próprio morador. 5. Como se vê, descabe falar em coação ou vício de consentimento do acusado que contamine a validade das provas obtidas por meio da busca domiciliar. Os agentes confirmaram em juízo que o acusado estava lúcido no momento da abordagem, inexistindo qualquer ato de violência, seja ela física ou moral, que prejudique a validade de sua manifestação de vontade previamente à diligência. 6. Embora a configuração do tipo penal do art. 35, Lei 11.343/06 não pressuponha a prática reiterada da comercialização das drogas, o elemento subjetivo da associação deve ser dirigido a esse fim, e essa característica do animus do acusado se deduz de forma inequívoca dos depoimentos das partes e testemunhas ouvidas em juízo, principalmente do trecho em que se afirma que o acusado era remunerado pelo corréu "Leo Guri", e que atuava como "avião" da organização criminosa que ele integra. 7. Ademais, no que concerne à incidência da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado (art. 33, §4º, Lei 11.343/06), tenho que a condenação do réu por Associação para o Tráfico (art. 35, Lei 11.343/06) torna incompatível a aplicação desse benefício, uma vez prejudicado o requisito da ausência de dedicação às atividades criminosas. 8. Apelo ministerial provido. Apelo do desprovido à unanimidade. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos deste Recurso de Apelação nº 565345-2, ACORDA Mos Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Egrégia 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso do réu, bem como DAR PROVIMENTO ao apelo do Ministério Público, na conformidade do relatório e voto, os quais, devidamente revistos e

Daí a presente impetração, na qual a defesa aduz que houve indevido ingresso no domicílio do paciente, sem que tenha havido o consentimento do morador, tornando nula a prova a partir dessa diligência obtida.

Além disso, de forma subsidiária, afirma que o paciente teria direito à aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Diante dessas considerações, requer, inclusive liminarmente, o reconhecimento da ilicitude das provas e a consequente absolvição do réu. Subsidiariamente, busca a aplicação da minorante do tráfico de drogas em sua fração máxima.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 70/71).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 79/84).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do writ (e-STJ fls. 88/93).

Nas razões do presente agravo, o Parquet Federal, em relação ao crime de associação para o tráfico, alega que "na espécie, a questão da absolvição por ausência dos requisitos necessários à configuração do crime de associação ao tráfico sequer poderia ser examinada em sede de habeas corpus, porquanto trata-se de questão que demanda dilação probatória para sua comprovação." (e-STJ fl. 119).

Afirma, ainda, que "consoante se lê, o Tribunal de Justiça, soberano na análise de fatos e provas, consignou que estavam presentes os requisitos necessários à configuração do crime de associação ao tráfico. Não há falar em presunção dos requisitos, mas, sim, que foram demonstrados pelas provas produzidas durante a instrução criminal." (e-STJ fl. 122).

Por outro lado, quanto ao reconhecimento do tráfico privilegiado, o Ministério Público Federal afirmou que "a quantidade de drogas e a natureza das drogas não foi sopesada escoteiramente na terceira fase da dosimetria, consoante apontado na decisão ora agravada, mas correlacionada à envergadura e à complexidade da prática delitiva, a denotar que o paciente se dedica a atividades criminosas."

É o relatório.

VOTO

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

A irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, transcrevo os fundamentos expostos pelo Tribunal de origem, que reformou a sentença absolutória proferida pelo juízo de primeira instância (e-STJ fls. 22):

O Ministério Público, no apelo manejado às fls. 221-222, insurge-se contra o capítulo da sentença que absolveu o acusado da imputação do art. 35, Lei 11.343/06, sob argumento de que as provas militam no sentido da estabilidade do animus associativo entre ele e o corréu LEONARDO KILLDERY (LEO GURI). Ora, de fato, todas as testemunhas de acusação foram unâimes em corroborar que as drogas armazenadas na residência do acusado se destinavam à comercialização, e que foram recebidas de uma mulher, mas, em verdade, pertenciam a "Leo Guri", sujeito responsável pelo comando do tráfico na região. Segundo as testemunhas ministeriais, o acusado é remunerado pela figura de "Leo Guri", apontado como chefe do "Trem Bala", ramificação do Comando Vermelho ou do Primeiro Comando da Capital em Pernambuco. Como se não bastasse, durante seu interrogatório perante a autoridade policial, o réu confessou que apenas cortava a droga para posterior revenda, demonstrando habitualidade na prática, e que a substância era entregue por uma mulher, galega, cerca de 23 anos, residente na UR4. Ora, esta passagem do depoimento do acusado transparece a habitualidade com que exercia suas atividades de traficância, bem como o vínculo associativo estável com o corréu LEONARDO KILLDERY, de quem auferia sua remuneração. O acusado tinha pleno conhecimento de que o "Leo Guri" era o responsável pelo comando do tráfico na região, e que a droga era de sua propriedade, o que revela, de forma inequívoca, seu ânimo de associação com aquele. Embora a configuração do tipo penal do art. 35, Lei 11.343/06 não pressuponha a prática reiterada da comercialização das drogas, o elemento subjetivo da associação deve ser dirigido a esse fim, e essa característica do animus do acusado se deduz de forma inequívoca dos depoimentos das partes e testemunhas ouvidas em juízo, principalmente do trecho em que se afirma que o acusado era remunerado pelo corréu "Leo Guri", e que atuava como "avião" da organização criminosa que ele integra. Inexiste, portanto, espaço

para dúvida nos autos, ao ponto de justificar a absolvição do apelante, sendo contundentes os elementos de prova que corroboram seu animus associativo para a traficância, o que se extrai, inclusive, do fato de já responder a outra ação penal por crime de tráfico.

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

Contudo, no caso sob apreciação, as instâncias ordinárias, ao decidirem pela condenação do acusado pela prática do referido delito, não demonstraram a existência de vínculo estável e permanente entre o réu e outros agentes.

Ora, conforme destacado na decisão ora recorrida, o referido vínculo foi presumido pelo Tribunal de origem, sem que houvesse qualquer investigação prévia capaz de demonstrar, a contento, o vínculo associativo.

Sobre a matéria, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES EM ASSOCIAÇÃO. NULIDADE. DADOS OBTIDOS DE CELULAR QUANDO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO AGENTE, QUE DIGITA A SENHA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. A subsunção da conduta ao tipo do art. 35 da Lei 11.343/2006 exige a demonstração da estabilidade e da permanência da associação criminosa. A ausência de elementos concretos comprobatórios do vínculo estável, habitual e permanente dos acusados para a prática do comércio de entorpecentes, tudo se limitando a mero concurso de agentes, impõe a absolvição pelo delito de associação para o tráfico.

4. Na dosimetria da pena, o motivo do lucro fácil em detrimento da sociedade é inerente ao tipo penal de tráfico de entorpecentes. Absolvidos os recorridos do delito de associação para o tráfico, não remanesce fundamentação idônea para a negativa da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido para absolver os recorrentes do delito de associação para o tráfico (art. 386, VII - CPP), e para reduzir-lhes as penas definitivas pelos crimes remanescentes, nos termos do voto.

(REsp 1920404/PA, Rel. Ministro OLINDO MENEZES Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 5/10/2021, DJe 11/10/2021.)

RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa. Isso porque, se assim não fosse, estaria evidenciado mero concurso de agentes para a prática do crime de

tráfico de drogas.

2. A Corte estadual, ao concluir pela condenação do recorrente em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, em nenhum momento fez referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre ele e o corréu; proclamou a condenação com base em meras conjecturas acerca de uma sociedade sceleris, de maneira que se mostra inviável a manutenção da condenação pelo tipo penal descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

3. Afastado o vínculo associativo entre os acusados, deve - como consectário da absolvição em relação ao crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) - ser reconhecida a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, notadamente porque é possível verificar pelos autos, de maneira inequívoca, a primariedade do acusado ao tempo do delito e a existência de bons antecedentes.

4. Recurso especial provido, para absolver o recorrente em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, restabelecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 291 dias-multa.

(REsp 1652115/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/5/2019, DJe 14/5/2019.)

Por outro lado, o *Parquet* afirma ser inviável o reconhecimento da causa de diminuição de pena relacionada ao tráfico privilegiado, em razão da quantidade e da natureza do material ilícito apreendido.

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 subseqüentes 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, intollerável 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 elegeesse dois elementos específicos necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

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.)

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 o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no HC 865.108 / PE
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0393016-6

Número de Origem:

00152315520198170001 152315520198170001

Sessão Virtual de 12/12/2024 a 18/12/2024

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 : YURI AZEVEDO HERCULANO
ADVOGADOS : YURI AZEVEDO HERCULANO - PE028018
VICTOR DE LEMOS PONTES - PE049315
NATHAN CRISTOVÃO DA SILVA LIMA - PE058549
VITÓRIA CRISTINA GOMES SANTOS - PE061557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : ELTON PEDRO BARBOSA (PRESO)
CORRÉU : LEONARDO KILLDERY COSTA DANTAS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO
EXTRAORDINÁRIA - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE
DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ELTON PEDRO BARBOSA (PRESO)
ADVOGADOS : YURI AZEVEDO HERCULANO - PE028018

VICTOR DE LEMOS PONTES - PE049315

NATHAN CRISTOVÃO DA SILVA LIMA - PE058549

VITÓRIA CRISTINA GOMES SANTOS - PE061557

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 12/12/2024 a 18/12/2024, 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, 18 de dezembro de 2024