



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2833730 - PA (2025/0002821-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MATEUS SILVA SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS PARA A ABORDAGEM. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *"Não satisfazem a exigência legal [para se realizar a busca pessoal e/ou veicular], por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP"* (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022).

2. No caso em tela, verificou-se do próprio acórdão que, *"da simples leitura da inicial acusatória (e-STJ fl. 957), "no dia 30/06/2019 , por volta das 10h, os policiais militares receberam denúncia, ao se descolar para a praia, durante o trajeto os policiais encontraram o denunciado mais três indivíduos, momento em que o denunciado tentou se evadir do local tendo três se evadido, mas sem sucesso"* (e-STJ fls. 2/3), o que, conforme decidido no Recurso em *Habeas Corpus* n. 158.580/BA, foi suficiente para justificar a busca pessoal.

3. Para que fosse possível a análise da pretensão recursal, quanto à absolvição ou desclassificação do delito de tráfico de drogas para o previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, no caso, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte.

4. No entanto, verifica-se a existência de flagrante ilegalidade, detectável *primo ictu oculi*. Com efeito, trata-se de réu primário, possuidor de bons antecedentes, que não se dedica a atividades delitivas e não pertence a organização criminosa, segundo se depreende do acórdão recorrido. Importa ressaltar, também, a quantidade de droga apreendida, 12 petecas

de cocaína, pesando 0.8g, que não pode ser considerada exacerbada para afastar a aplicação da referida minorante.

5. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, mas conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 12 de junho de 2025.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2833730 - PA (2025/0002821-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MATEUS SILVA SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS PARA A ABORDAGEM. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *"Não satisfazem a exigência legal [para se realizar a busca pessoal e/ou veicular], por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP"* (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022).

2. No caso em tela, verificou-se do próprio acórdão que, *"da simples leitura da inicial acusatória (e-STJ fl. 957), "no dia 30/06/2019 , por volta das 10h, os policiais militares receberam denúncia, ao se descolar para a praia, durante o trajeto os policiais encontraram o denunciado mais três indivíduos, momento em que o denunciado tentou se evadir do local tendo três se evadido, mas sem sucesso"* (e-STJ fls. 2/3), o que, conforme decidido no Recurso em *Habeas Corpus* n. 158.580/BA, foi suficiente para justificar a busca pessoal.

3. Para que fosse possível a análise da pretensão recursal, quanto à absolvição ou desclassificação do delito de tráfico de drogas para o previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, no caso, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte.

4. No entanto, verifica-se a existência de flagrante ilegalidade, detectável *primo ictu oculi*. Com efeito, trata-se de réu primário, possuidor de bons antecedentes, que não se dedica a atividades delitivas e não pertence a organização criminosa, segundo se depreende do acórdão recorrido. Importa ressaltar, também, a quantidade de droga apreendida, 12 petecas

de cocaína, pesando 0.8g, que não pode ser considerada exacerbada para afastar a aplicação da referida minorante.

5. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício.

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por MATEUS SILVA SANTOS contra decisão em que neguei provimento ao recurso especial.

Aproveitei o bem lançado relatório do representante do Ministério Público Federal (e-STJ fls. 1.087/1.088):

Trata-se de agravo em recurso especial contra decisão do vice-presidente do TJ/PA, que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do art. 105, III, da CF, por aplicação da Súmula n. 7/STJ.

O agravante foi condenado pelo crime do art. 33 da Lei 11.343/06, à pena de 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial fechado.

A Defesa apelou, tendo o TJ/PA negado provimento ao recurso. O acórdão proferido recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NULIDADE – BUSCA PESSOAL – DENÚNCIA ANÔNIMA – ILEGALIDADE AFASTADA – FUNDADAS SUSPEITAS - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FUNDADO NA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E NA AUSÊNCIA DO LAUDO DEFINITIVO. IRRELEVÂNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO – IMPOSSIBILIDADE – QUANTIDADE EXPRESSIVA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. 1. A alegação de ilegalidade da busca pessoal não prospera quando constatada a existência de fundada suspeita para sua realização; 2. A ausência de laudo definitivo pode, em casos excepcionais, ser suprida por laudo provisório de constatação quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes, o que não ocorreu no caso em comento; 3. Os depoimentos prestados por policiais, na qualidade de agentes públicos, devem ser tidos como merecedores de crédito, notadamente quando não destoam do conjunto probatório e não indicam incriminação gratuita, mostrando-se correta a sentença condenatória prolatada pelo Juízo de primeiro grau; 4. O arcabouço processual, demonstra a autoria delitiva do acusado, o qual preencheu um dos núcleos previstos no art. 33 da Lei de Drogas, além de que diante da natureza da droga apreendida e forma de acondicionamento, evidenciam a prática da traficância, não havendo que se falar em desclassificação para uso, ante a ausência de subsídios que demonstrem que o acusado estava com o entorpecente para o consumo. 5. RECURSO CONHECIDO E NO MÉRITO, NEGADO PROVIMENTO (f. 954).

A Defesa, então, interpôs recurso especial, com fundamento na alínea "a", do art. 105, III, da CF, alegando violação ao art. 244 e art. 386, II e IV, do CPP e art. 28, da Lei nº 11.343/06. Alega ausência de fundadas suspeitas e

de elementos concretos para justificar a realização de revista e busca pessoal. Pediu a absolvição do agravante, em razão das provas ilícitas ou ausência de provas para a condenação. Subsidiariamente, defende a desclassificação do crime para a conduta do art. 28, da Lei nº 11.343/06, por está demonstrado que o recorrente era apenas usuário de substâncias entorpecentes (f.1001-1024).

O recurso não foi admitido na origem pela aplicação da Súmula n. 7/STJ (f. 317-320). Contra tal decisão, foi manejado o presente agravo em recurso especial (f. 327- 333), no qual afirma que " resta claro que a pretensão recursal sustentada não encontra o óbice da Súmula nº 7 do C. Superior Tribunal de Justiça, pois o caso em tela não trata de reexame do conjunto fático -probatório, mas, sim, de reavaliação das provas e dos próprios argumentos contidos no Voto Condutor"; que " 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" (f. 1041-1051).

Vieram os autos ao MPF para parecer.

Nas razões do presente agravo regimental, repisa a defesa os mesmos argumentos anteriormente deduzidos, postulando, ao final, o "*provimento ao recurso especial interposto, para absolver o recorrente, com fundamento no art. 386, incisos II, III, IV e VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer-se a desclassificação da conduta para o crime de porte de drogas para consumo pessoal, nos termos do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006*" (e-STJ fl. 1.117/1.118).

É o relatório.

VOTO

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

O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida.

Sabe-se que o art. 244 do Código de Processo Penal prevê que "*a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar*".

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Recurso em *Habeas Corpus* n. 158.580/BA, apreciou a matéria referente à busca pessoal prevista no referido art. 244 do CPP. O Ministro Rogerio Schietti, relator do referido recurso, consignou no voto que:

A permissão para a revista pessoal - à qual se equipara a busca veicular - decorre, portanto, de fundada suspeita devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

É necessário, pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo (art. 5º, X, da Constituição Federal), razão pela qual ? não satisfazem a exigência legal meras conjecturas ou impressões subjetivas (tino policial, por exemplo), mas elementos e circunstâncias concretas, objetivas, capazes e suficientes para motivar a conduta policial? (OLIVEIRA, Alessandro José Fernandes de. Estudos avançados de direito aplicado à atividade policial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 55).

Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Por se tratar a busca pessoal de um meio de obtenção de prova - tanto que está regulamentada no Título VII do Código de Processo Penal (Da Prova) - o seu fundamento legal é a (fundada) suspeita de posse de corpo de delito, que, na definição de Gustavo Badaró, é o "conjunto de elementos materiais deixados pelo crime" e inclui: (1) corpus criminis, que é a pessoa ou a coisa sobre a qual é praticado o crime; (2) corpus instrumentorum, que diz respeito à averiguação das coisas - objetos ou instrumentos - utilizadas pelo criminoso na prática delituosa; (3) corpus probatorium, concernente à constatação de todas as circunstâncias hábeis à reconstrução do crime investigado (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 435-436).

Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto que constitua corpo de delito de uma infração penal.

[...]

Nesse cenário, percebe-se que o art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como rotina ou praxe do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata (WANDERLEY, Gisela Aguiar, A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva?. Revista Brasileira De Direito Processual Penal, 2017, p. 1.117-1.154). (Grifei.)

Concluiu o voto que:

1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos

indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

*2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à ? posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito?. Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto que constitua corpo de delito de uma infração penal. **O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.***

3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições/impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, baseadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de ?fundada suspeita? exigido pelo art. 244 do CPP.

4. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento fundada suspeita seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.

5. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. (Grifei.)

No presente caso, o Tribunal de origem assim consignou (e-STJ fl. 957):

A Polícia Militar, após receber uma denúncia anônima pelo telefone interativo a respeito de pessoas usando entorpecentes e da prática de comercialização de drogas na praia da Barra Velha, na cidade de Soure foram ao local para averiguações. Chegando ao local identificaram e abordaram o recorrente mais dois indivíduos não identificados.

O apelante foi encontrado portando certa quantidade de entorpecente, cerca de doze porções da substância conhecida como óxi.

Entendimento pacificados nos Tribunais Superiores, a busca pessoal não dependerá de mandado judicial, nos casos de prisão em flagrante ou quando houver, fundada suspeita, pelos Agentes de Segurança Pública.

Destaque-se, que o delito em apreço é crime permanente, de perigo abstrato e de conduta múltipla, bastando para a sua configuração a prática de uma das ações previstas no tipo penal, o que, por si só, gera uma situação de perigo ao bem jurídico a saúde pública.

Constata-se, da simples leitura da inicial acusatória, que estão descritos os fatos típicos imputados ao recorrente, os indícios de autoria e materialidade, requisitos suficientes que deram suporte à denúncia e consequente sentença condenatória, não havendo como proceder o argumento de inexistência de justa causa para a persecução penal.

Ademais, o recorrente não desconstituiu a credibilidade das provas apresentadas pelo órgão acusador durante toda a instrução processual, haja vista que não houve demonstração de algum tipo de interesse por parte dos policiais que tornasse inidôneo os seus depoimentos em juízo além de desconsiderar o Laudo Toxicológico juntado que atesta a existência de substância entorpecente.

Não há que se falar em nulidade da abordagem policial, uma vez que as diligências policiais ocorreram por fundada suspeita, tendo inclusive sido apreendido em mãos do apelante quantidade significativa de drogas conhecida como cocaína.

No caso, verificou-se do próprio acórdão que, "da simples leitura da inicial acusatória (e-STJ fl. 957), "no dia 30/06/2019 , por volta das 10h, os policiais militares receberam denúncia, ao se descolar para a praia, durante o trajeto os policiais encontraram o denunciado mais três indivíduos, momento em que o denunciado tentou se evadir do local tendo três se evadido, mas sem sucesso" (e-STJ fls. 2/3).

Dessarte, a "legitimidade da busca pessoal demand[ou] a indicação precisa da circunstância fática que levou a autoridade policial a crer que o indivíduo estava na posse de objetos ilícitos, na forma do art. 244 do Código de Processo Penal" (HC n. 834.943/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/10/2023, DJe de 18/10/2023).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. DESCRIÇÃO CONCRETA E PRECISA, PAUTADA EM ELEMENTOS OBJETIVOS. POSSE DE OBJETO E FUGA ABRUPTA AO AVISTAR A AUTORIDADE POLICIAL, POR CERCA DE CEM METROS. FUNDADA SUSPEITA CARACTERIZADA PARA FINS DE BUSCA PESSOAL. LICITUDE DA PROVA OBTIDA. ORDEM DENEGADA. CASSADA A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA.

1. Conforme leading case da Sexta Turma, "[e]xige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a

urgência de se executar a diligência." (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em , DJe 19/04/2022 25/04/2022 .)

2. Em outros termos, a legitimidade da busca pessoal demanda a indicação precisa da circunstância fática que levou a autoridade policial a crer que o indivíduo estava na posse de objetos ilícitos, na forma do art. 244 do Código de Processo Penal.

3. No caso, as instâncias de origem descreveram que o Paciente empreendeu abrupta fuga ao avistar a guarnição policial, portando mochila, sendo alcançado após correr por distância de cerca de cem metros. Em seguida, os agentes públicos, após questionarem o motivo da fuga, procederam à busca pessoal e localizaram, no interior da mochila, 3,5kg de maconha e 1kg de crack.

4. Tais circunstâncias fáticas tornam legítima a busca pessoal, tendo em vista que estão presentes os requisitos da sindicabilidade e da referibilidade, em especial pela postura de evasão e pela posse do objeto visualizado pelos policiais. Nesse sentido, inclusive, cito os seguintes precedentes da Sexta Turma, nos quais se entendeu, em situação análoga, que estaria configurada a justa causa para a busca pessoal: HC 782742/SC, relatora p/ o acórdão Min. Laurita Vaz, julgado em ; e HC 815.998/RS, relator p/ o acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 12/09/2023.

5. Ordem de habeas corpus denegada, cassando a liminar anteriormente deferida.

(HC n. 834.943/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/10/2023, DJe de 18/10/2023.)

Assim, de rigor a manutenção da higidez da busca pessoal realizada.

Ademais, para que fosse possível a análise da pretensão recursal, quanto à absolvição ou desclassificação do delito de tráfico de drogas para o previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, no caso, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte.

Verifico, contudo, flagrante ilegalidade apta a autorizar a concessão da ordem de ofício.

Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Evidente, portanto, que o referido benefício tem como destinatário o pequeno traficante, ou seja, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, e não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

Sobre o tema, destaco a seguinte lição:

Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (Leis penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359).

O dispositivo legal em desfile anuncia norma de direito material de observância obrigatória, desde que preenchidos os requisitos legais.

Rememoro, por oportuno, que a conclusão de que o réu se dedica a atividades criminosas ou, ainda, de que ele integra organização criminosa exige fundamentação razoável, é dizer, demanda a indicação de dados concretos de comprovação dessas circunstâncias.

Ensina Guilherme de Souza Nucci que, *"se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes, pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita"* (Leis penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 352).

Entre nós há precedentes no sentido de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Destaco, por exemplo, o AgRg no REsp n. 1.390.118 /PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 30/5/2017.

Contudo, 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 a natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento do benefício de forma supletiva e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa.

Transcrevo, por oportuno, estes excertos do acórdão:

Diferentemente da segunda e terceira fases da dosimetria, guiadas, em regra, pela necessidade de observância de circunstâncias específicas, cuja aplicação encontra-se previamente determinada pelo legislador, a primeira fase de aplicação da pena confere maior discricionariedade ao julgador. Nessa etapa inaugural, os elementos negativos são identificados e calibrados pelo magistrado de primeiro grau (daí sua denominação como circunstâncias judiciais), provocando uma elevação da pena mínima dentro

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

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

[...]

Dessa forma, nos crimes tipificados pela lei indicada, "a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendidos" (assim como a personalidade e a conduta social do agente) devem não apenas ser utilizadas para motivação da reprimenda básica como ser avaliadas com

preponderância sobre quaisquer outros elementos que envolvam a prática do delito; isso em toda análise que exija, por determinação legal, a observância do art. 59 do Código Penal (não apenas aquela reservada à definição da pena-base mas também a de escolha do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do § 3º do art. 33, a de substituição de exigências para suspensão condicional da pena, nos termos do § 2º do art. 78, todos do Código Penal).

[...]

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

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

[...]

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

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

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa;

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

Recebeu o julgado esta ementa:

PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO

TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

- 1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.*
- 2. Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados aspectos que cercam a prática delituosa; os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*
- 3. Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, que impede a ocorrência de bis in idem, intolerável na ordem constitucional brasileira.*
- 4. O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.*
- 5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.*
- 6. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.*
- 7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).*
- 8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminoso ou à integração a organização criminoso.*
- 9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.*

10. Recurso provido para restabelecimento da sentença.

(REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe 1º/7/2021.)

Na espécie, a sentença indeferiu a aplicação do redutor diante dos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 327/328):

Em primeira fase, fixo a pena privativa de liberdade no mínimo legal, já que não há informações quanto aos antecedentes do acusado nos autos, e a quantidade do entorpecente apreendido será apreciada em terceira fase de dosimetria.

Nesse cenário, fixo a pena privativa de liberdade 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Em segunda fase, não há agravantes e nem atenuantes.

Em terceira fase, não há causas de aumento de pena.

Ainda em terceira fase, é inviável a aplicação da caixa de diminuição prevista no art. 33 § 4º, da Lei n. 11.343/06, sendo de se destacar seu envolvimento com atividades criminosas. E isso porque os Tribunais Superiores reconhecem que a expressiva quantidade de droga apreendida é fator idôneo para impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, uma vez que demonstra que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se a organização criminosa. Em sendo evidente o envolvimento do acusado com a criminalidade, impossibilita-se a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Da leitura do trecho precedente, observo que a instância de origem não questionou, em nenhum momento, a primariedade e os bons antecedentes do sentenciado, tampouco aludiu ser ele integrante de organização criminosa com base em dados concretos. A dedicação à atividade criminosa foi assentada tão somente na quantidade de material tóxico encontrada.

Evidente, portando, o constrangimento ilegal.

Reparem: a pena-base foi fixada no mínimo legal e a ínfima quantidade de entorpecente apreendida **[12 (doze) petecas, pesando 0.8 gramas de cocaína (e-STJ fl. 326)]** foi, de forma discricionária, transferida para a terceira etapa do cálculo da reprimenda, com o objetivo único de afastar a aplicação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Imperioso, pois, o ajuste da sanção aplicada ao delito de tráfico de drogas.

Na primeira fase, mantenho a pena-base no mínimo legal – 5 anos de reclusão.

Na segunda etapa, a sanção permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes outras causas modificadoras, reduzo a pena em 2/3, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tornando a reprimenda definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão.

Reduzida a reprimenda definitiva do réu, passo à análise do regime prisional.

Sobre o tema, rememoro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida – art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso em análise, o Tribunal de Justiça estabeleceu o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda com fundamento na quantidade de substância entorpecente apreendida (e-STJ fl. 967).

Em se tratando da apreensão de apenas 0,8G (oito decigramas) de "oxi" (e-STJ fl. 326), o regime aberto deve ser o fixado para o início de cumprimento da reprimenda.

Por derradeiro, rememoro que, nos moldes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a *"circunstância concreta relacionada à quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas, é motivação suficiente para impedir a substituição da pena privativa pelas restritivas de direitos"* (AgRg no AREsp n. 1.060.222/MG, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/9/2017, DJe 20/9/2017).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. **Concedo, contudo, a ordem, de ofício, para reconhecer a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, e, assim, reduzir a reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2025/0002821-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
AREsp 2.833.730 /
PA
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 00047867920198140059

EM MESA

JULGADO: 10/06/2025

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANDRÉA HENRIQUES SZILARD

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MATEUS SILVA SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

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 : MATEUS SILVA SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, mas concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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