



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 798201 - MG (2023/0017104-1)

RELATOR : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**
IMPETRANTE : VITOR RACHID COLUCCI DAHER
ADVOGADO : VÍTOR RACHID COLUCCI DAHER - MG102866
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : SUELI DUARTE SILVA (PRESO)
CORRÉU : ALEXANDRE BRUNO GONCALVES DA SILVA
CORRÉU : CARLOS EDUARDO RODRIGUES PEREIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão assim ementado (fl. 66):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ABSOLVIÇÃO/DESCLASSIFICAÇÃO QUANTO AO PRIMEIRO CRIME - INVIABILIDADE - CONDENAÇÃO DA ACUSADA PELO PRIMEIRO DELITO E DE TODOS QUANTO AO SEGUNDO CRIME - CABIMENTO - EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE - NECESSIDADE - APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA QUANTO A UM DOS RÉUS - CABIMENTO - MAJORANTE DE ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE NAS CITADAS PRÁTICAS CRIMINOSAS - APLICAÇÃO - MINORANTE DO TRÁFICO - DESCABIMENTO - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. Tendo sido comprovado que as drogas apreendidas pertenciam a todos os acusados e destinavam-se à mercancia ilícita, deve ser confirmada a solução condenatória pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, não havendo que se falar em desclassificação para outro tipo legal, bem como, deve ser também a ré condenada pela prática do mesmo crime. 2. Demonstrado que os agentes estavam associados de forma permanente para a prática do crime de tráfico de drogas, impõe-se sejam condenados, ainda, pelo delito previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06. 3. Havendo elementos concretos nos autos a justificar a fixação das penas-base dos réus em patamar consideravelmente superior ao mínimo legal, deve ser operada a exasperação das sanções. 4. O apenado que, ao tempo dos fatos, tinha menos de vinte e um anos, faz jus à atenuante da menoridade relativa. 5. Uma vez que os crimes perpetrados pelo grupo envolvia a participação de um adolescente, cabe a incidência penal da respectiva causa de aumento. 6. Mesmo em razão da associação para o tráfico, faz-se inviável a incidência da minorante do §4º do art.33 da Lei de Drogas. 7. Ausentes os requisitos legais do artigo 33, §2º, "a", e artigo 44, ambos do CP, não há que se falar em abrandamento do regime prisional ou substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Consta dos autos que o Juízo de 1º grau desclassificou a conduta da paciente, a

qual foi inicialmente acusada pela prática do crime de tráfico de drogas, para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Interposta apelação pelo Ministério Público, a Corte de origem deu provimento ao recurso para condenar a paciente a 16 anos e 4 meses de reclusão, mais 2.566 dias-multa, em regime fechado, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006.

No presente *writ*, sustenta a defesa que (fl. 12):

Com efeito, ao deixar de esclarecer o tempo da suposta associação e sem evidenciar a existência concreta de animus associativo, o Tribunal de Justiça não declinou fundamento válido para a conclusão de que houve vínculo duradouro entre a paciente e qualquer outro acusado, inexistindo prova da estabilidade e permanência para lastrear a condenação pelo delito de associação para o tráfico.

Assevera que as penas-bases dos delitos foram fixadas em 3 anos acima do mínimo legal sem fundamentação idônea.

Aduz, ainda, constrangimento ilegal em razão do afastamento do redutor do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Requer o restabelecimento da sentença que desclassificou a conduta da paciente para a prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Subsidiariamente, pugna pela redução das penas-bases, aplicação do redutor do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 e fixação de regime inicial mais brando.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não conhecimento ou denegação da ordem.

A respeito da dosimetria da pena, assim consta do acórdão impugnado (fls. 70-72):

A materialidade delitiva foi satisfatoriamente comprovada através do Auto de Apreensão, f. 24, dos Laudos de Constatação, fs. 42/46, e dos Exames Toxicológicos Definitivos, fs. 68/75.

Em relação às autorias, o Policial Militar Valdeci, f.02, informou ter recebido notícia anônima de que quatro indivíduos praticavam o tráfico de drogas em determinado local, sendo eles Alexandre, Carlos Eduardo, Sueli e um menor. Diante dessas informações, foram até o endereço e fizeram contato com a proprietária do imóvel, Sueli, a qual estava acompanhada de seu namorado, o corréu Alexandre. Valdeci esclareceu que, após fazer contato, Alexandre, ao notar a presença da polícia, tentou dispensar dois aparelhos celulares nos fundos da residência, em um terreno baldio.

Na sequência, Valdeci alegou que foram realizadas buscas, oportunidade em que encontrou, na laje do imóvel, **uma sacola com 760g de crack e uma mochila com 2,6kg de maconha**. A testemunha relatou que, ao indagar os acusados se assumiriam sozinhos, Alexandre declinou o endereço dos demais agentes, ocasião em que Carlos e o menor estavam no endereço indicado e, realizadas buscas, localizaram **300g de maconha, 10g de pasta base de cocaína, três papélotes também de cocaína, 100g de ácido bórico e saquinhos de chup-chup**. Em Juízo, f.177, a testemunha confirmou suas declarações e acrescentou que Alexandre assumiu sozinho o tráfico de entorpecentes na ocasião de sua abordagem.

Nesse mesmo sentido foram as declarações prestadas pela policial Alessandra em f.03.

Já o apelante Carlos, f.04, inicialmente, disse estar desempregado. Alegou residir com Alexandre há dois meses, no imóvel onde ocorreu a segunda apreensão. Explicou que o menor estava em sua casa para fumarem maconha juntos e disse que as drogas não foram apreendidas em sua residência, nem mesmo o ácido bórico. Ressaltou que os policiais já chegaram a sua casa portando o material apreendido e que sabia que Alexandre havia guardado drogas na casa de Sueli.

Em Juízo, f.179, Carlos alterou parcialmente sua versão, ao afirmar que ganhava dois mil reais ao mês como auxiliar de borracharia.

O apelante Alexandre, f.05, alegou ser gesseiro e que possuía renda diária de R\$40,00. Aduziu que residia juntamente com Carlos, mas que dormia com alguma frequência na casa de Sueli, sua namorada. Explicou que o adolescente frequentava sua residência para jogar vídeo game. Em relação aos entorpecentes, alegou ter conhecimento da droga encontrada na casa de Sueli e disse ter sido o responsável por guardá-la para um terceiro. Contudo, alegou não saber acerca do material apreendido no imóvel que morava com Carlos. Em juízo, f.181, apenas disse ter renda de um salário mínimo, relativo à prestação de serviços diversos. Na seqüência, optou por fazer uso de seu direito ao silêncio.

A apelada Sueli, f.06, alegou ser autônoma percebendo renda mensal entre R\$450,00 e R\$1.000,00. Explicou que Alexandre era seu namorado e ficava eventualmente na sua casa. A ré disse ser usuária de maconha e que havia pequena porção desta droga no seu guarda-roupa para seu consumo. Contudo, alegou não saber dos demais entorpecentes apreendidos. Em Juízo, f.180, Sueli sustentou que sua renda girava em torno de um salário mínimo. Sobre as substâncias ilícitas, disse não saber que Alexandre tinha aquele volume de drogas em sua casa e reafirmou só ter conhecimento da existência da maconha que tinham para o consumo próprio.

Segundo a acusada, Alexandre era responsável por levar a droga para consumirem juntos, mas que ele não era traficante e que não estava guardando entorpecentes para Alexandre, nem sabia da substância ilícita, nem imaginava que ele vendesse drogas, pois nem cigarro ele fumava, já que não tinha dinheiro para comprar. Indagada, explicou que Alexandre fumava o "cigarro de papel" dela enquanto ela consumia a maconha dele.

Por fim, o menor alegou que frequenta a casa de Alexandre e Carlos, que moram juntos, há algum tempo. Disse que estava na citada casa jogando em seu celular e que não presenciou a localização da droga, bem como nunca viu os corréus manuseando entorpecentes (f.07).

Portanto, pelos elementos coligidos é possível verificar a existência de algumas contradições entre o que foi narrado pelos acusados e pelo menor, circunstância que mitiga a credibilidade do que foi dito por eles.

Frise-se que Sueli, de forma bastante confusa, em determinado momento sustentou que fazia uso de maconha e que essa droga era trazida por Alexandre para consumirem juntos. Em outro momento, alegou que Alexandre sequer possuía dinheiro para adquirir cigarro comum, motivo pelo qual fumava do dela.

Ora, como seria possível então que Alexandre adquirisse substâncias entorpecentes (cujo valor é bem superior ao maço de cigarro) para consumirem juntos?

Não bastasse, houve severas contradições entre as declarações dos demais acusados e a versão do menor.

Carlos disse que o adolescente estava em sua residência para consumirem substâncias ilícitas. Já o menor alegou que tinha o costume de frequentar a casa em que Alexandre residia com Carlos e, naquele dia, jogava em seu celular quando houve a abordagem da polícia, além de acrescentar nunca ter visto os corréus manuseando substâncias entorpecentes.

Por outro lado, há os depoimentos policiais, os quais dão conta do recebimento de notícia anônima informando a prática do tráfico por quatro pessoas em determinado endereço.

A par de tais informações, os agentes se dirigiram ao imóvel e Alexandre, tão logo notou a presença da polícia, dispensou dois aparelhos celulares, sendo um deles o de Sueli.

Não fosse suficiente, a polícia logrou encontrar imensa quantidade de entorpecentes, sendo certo que, ao indagá-los, o próprio Alexandre informou onde estariam os comparsas, circunstância que permitiu aos militares localizarem a residência onde Carlos estaria com o menor, local em que foi apreendida outra enorme quantidade de drogas, bem como material para individualizar e desdobrar substâncias ilícitas.

Conquanto a conduta imputada a Sueli tenha sido desclassificada em sentença para aquela prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06, por meio da perícia realizada em seu aparelho celular, foi possível verificar o envolvimento espúrio da acusada com o comércio de drogas, sobretudo por haver diversos registros fotográficos (fs. 96/100) mostrando enormes quantidades de entorpecentes, balança de precisão, outras porções devidamente individualizadas, quantias em dinheiro, além de mostrar a ré fazendo uso de substâncias ilícitas.

Ademais, apesar de Sueli negar ter conhecimento da existência da droga arrecadada, não se pode perder de vista que a imensa quantidade de material entorpecente foi apreendida em sua casa, sendo certo que o corréu Alexandre, seu namorado, não residia ali.

Portanto, evidente que Sueli tinha conhecimento da existência do material entorpecente e de sua finalidade, certeza essa que se confirma, repita-se, por meio dos registros fotográficos existentes em seu aparelho celular.

Frise-se, ainda, que os militares somente chegaram até Carlos e o menor porque Alexandre informou onde eles se encontravam, dizendo que não responderia sozinho, circunstância que, a meu ver, é imprescindível à constatação da associação dos agentes. O local informado por Alexandre se trata do imóvel em que ele residia com Carlos, sendo certo que em tal endereço também foram localizadas várias porções de substâncias entorpecentes, além de outros objetos utilizados em sua individualização e desdobramento, por exemplo, expressiva quantidade de ácido bórico e pasta base de cocaína, a qual sabemos, depois de desdobrada, gera uma imensa quantidade de material entorpecente.

Assim, julgo que a dinâmica dos fatos, a denúncia anônima recebida apontando a prática criminosa por quatro agentes, a enorme quantidade de drogas apreendidas tanto na residência de Sueli como na casa de Carlos e Alexandre, bem como a presença de um menor no local, além dos diversos registros fotográficos existentes nos aparelhos celulares dos acusados demonstram de forma satisfatória que tais indivíduos praticavam o comércio de entorpecentes de forma associada.

Registre-se, por fim, que Carlos foi assertivo em dizer ter conhecimento de que Alexandre mantinha drogas na casa de Sueli.

Por todas essas considerações, entendo pela necessidade de manutenção das condenações de Carlos e Alexandre pela prática do delito descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06, não havendo que se falar em desclassificação criminal benéfica; bem como pela condenação de Sueli pelo citado delito e de todos os envolvidos pelo cometimento do crime previsto no artigo 35 do mesmo diploma legal, além, ainda, de reconhecer que tais condutas ocorreram mediante o envolvimento de adolescente, o menor que foi apreendido na residência de Alexandre e Carlos.

Em relação à causa especial de aumento pertinente à participação do adolescente, ao contrário do sentenciante, julgo haver elementos probatórios suficientes dando conta da menoridade deste, por exemplo, o termo de sua oitiva perante a Autoridade Policial, f.07, oportunidade em que se constou a idade e o número do documento de identidade do menor, bem como o fato de ele ter sido acompanhado, naquele ato, por sua representante legal. Tais informações também podem ser extraídas do boletim de ocorrência em sua f.10v. Por fim, há o documento de f.48, no qual não foi ratificada a voz de apreensão do menor, mas foi determinado seu encaminhamento à Justiça, por possuir mandado de busca e apreensão em aberto.

Em relação às penas fixadas, busca o recorrente ministerial sejam elas exasperadas, notadamente em observância aos vetores previstos no artigo 42 da Lei 11.343/06.

De início, verifico que as penas-base de Carlos e Alexandre foram fixadas em seis anos

de reclusão, sobretudo em razão da quantidade e natureza do material entorpecente apreendido.

Entretanto, tal qual o recorrente ministerial **entendo que a exorbitante quantidade de entorpecentes e sua variedade (havendo, inclusive, apreensão de pasta base de cocaína, matéria prima de grande valor econômico no mercado negro e que, após desdobramento, alcançaria uma quantidade muitas vezes maior que aquela apreendida) induzem a que as reprimendas dos agentes mereçam maior reprovabilidade.**

Assim, fixo as penas-base de todos os acusados em oito anos de reclusão e oitocentos dias-multa.

Inexistem atenuantes e ou agravantes reconhecíveis, exceto em favor de Carlos que, ao tempo dos fatos, era menor de vinte e um anos. Portanto, reduzo as sanções do mesmo para seis anos e oito meses de reclusão e seiscentos e sessenta e seis dias-multa.

Não há causas especiais de diminuição a serem reconhecidas, **ficando afastada a possibilidade de se aplicar a minorante do tráfico, em especial, porque os agentes foram condenados pelo crime de associação para o comércio ilícito de drogas.**

Lado outro, foi reconhecida a majorante relativa ao envolvimento de adolescente, motivo pelo qual, diante da participação de apenas um menor, exaspero as sanções em 1/6, concretizando-as, em relação a Alexandre e Sueli, em nove anos e quatro meses de reclusão, além de novecentos e trinta e três dias-multa e sete anos, nove meses e dez dias de reclusão, além de setecentos e setenta e sete dias-multa, em desfavor de Carlos.

Em relação ao delito de associação para o tráfico, à semelhança da análise realizada para fixar as penas-base para o crime de tráfico e, ainda, levando em conta a participação de quatro agentes na citada associação, fixo a pena-base dos envolvimento em seis anos de reclusão e mil e quatrocentos dias-multa.

Ausentes atenuantes e agravantes, bem como causas especiais de diminuição, aplico a majorante relativa ao envolvimento de menor, em seu patamar mínimo, 1/6, tornando definitivas as reprimendas de Alexandre e Sueli em sete anos de reclusão e mil seiscentos e trinta e três dias-multa. No que pertine a Carlos, deve incidir a atenuante da menoridade relativa, motivo pelo qual reduzo as reprimendas para cinco anos de reclusão e mil, cento e sessenta e seis dias-multa, a qual, ao final, deve ser majorada em 1/6, em razão a majorante reconhecida, concretizando-se em cinco anos e dez meses de reclusão, além de mil, trezentos e sessenta dias-multa.

Uma vez que os delitos foram perpetrados em concurso material, realizo o somatório das penas, **tornando-as definitivas para Alexandre e Sueli em dezesseis anos e quatro meses de reclusão, além de dois mil, quinhentos e sessenta e seis dias-multa, mantido o valor unitário mínimo**, e para Carlos em treze anos, sete meses e dez dias de reclusão, além de dois mil, cento e trinta e sete dias-multa, mantido o valor unitário mínimo.

Em razão do "quantum" de pena corporal, estabeleço o regime fechado para desconto da sanção corporal, bem como é inviável a aplicação das benesses previstas nos artigos 44 e 77, ambos do CP.

Como se vê, a Corte local concluiu pela condenação da paciente pela prática dos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, pois ficou evidenciado que a acusada e três indivíduos se associaram de forma permanente para praticar o tráfico de drogas.

Segundo o Tribunal de origem, as provas colhidas são suficientes para embasar a condenação, sobretudo os depoimentos harmônicos dos policiais, a perícia do celular da acusada com diversas fotos a indicar a narcotraficância de maneira associada, e a apreensão, inclusive na casa da paciente, de expressiva quantidade de droga, somando,

ao todo, 760g de crack, 2,9kg de maconha e 10g de pasta base de cocaína.

Nesse contexto, inviável a desclassificação da conduta imputada à paciente para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos.

Ademais, para se entender pela desclassificação da conduta imputada à ré para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

Por outro lado, revela-se indispensável, para a configuração do crime de associação para o tráfico, a evidência do vínculo estável e permanente do acusado com outros indivíduos. Há que ser provado, de forma concreta e contextualizada, o crime de associação, autônomo, independentemente dos crimes individuais praticados pelo grupo associado.

Como está claro dos excertos, as instâncias ordinárias fizeram somente afirmações (ilações) e presunções, sem indicar elementos concretos, contextualizados, indicativos da estabilidade e permanência da paciente na associação criminosa voltada à comercialização ilícita de drogas, havendo a indicação apenas do concurso de agentes em crime de tráfico, não bastando a afirmação de que um dos corréus indicou à polícia a localização de outros dois acusados.

Portanto, não há que se falar, com acerto, em prática do delito do art. 35 da Lei 11.343/2006, uma vez que se exige, para a configuração do referido delito, a comprovação da estabilidade e da permanência, sendo incabível a simples associação eventual, como no caso. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. FALTA DE PLURALIDADE DE AGENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO GRAVES. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Trata-se, portanto, de delito de concurso necessário.

3. Hipótese em que a Corte de origem não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre o paciente e

outros integrantes da facção criminosa. Não houve sequer a indicação de quem seriam as demais pessoas com ele associadas. Na falta da comprovação de dois requisitos legais para a configuração do delito de associação para o tráfico de entorpecentes, pluralidade de agentes e vínculo subjetivo no cometimento dos delitos, a absolvição do paciente é medida que se impõe.

4. Embora o paciente seja primário e pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista as circunstâncias especialmente graves do fato, ou seja, a apreensão de expressiva quantidade de droga (2.250g de maconha e 1.000 g de cocaína) e de aparelhos utilizados no comércio ilícito (rádio transmissor e bloqueador de GPS), nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 59 e 33 do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas, mantido o regime inicial fechado. (HC 434.972/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE. NECESSIDADE PARA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 35 DA LEI 11.343/06. DISPENSADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO 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 imprescindível a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa (HC 270.837/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 30/03/2015).

2. Considerando que os fundamentos utilizados no acórdão impugnado para reconhecer que o réu praticou o delito de associação para o tráfico não se mostram idôneos, notadamente por ter dispensado o vínculo estável e permanente do recorrente com outros indivíduos, não há falar-se em caracterização do crime de associação para o tráfico.

3. Recurso especial provido para absolver o recorrente pela prática do delito de associação para o tráfico de drogas. (REsp 1713168/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 20/03/2018).

A condenação pelo crime de associação para o tráfico não pode ter base apenas em inferências oriundas da forma como perpetrado o crime de tráfico de drogas, pelo que se impõe a absolvição da paciente por insuficiência de provas da autoria e da materialidade (art. 386, VII - CPP).

No tocante à primeira fase da dosimetria, verificou-se que a pena-base foi estabelecida em 8 anos de reclusão, mais 800 dias-multa, por conta da natureza e da quantidade de drogas apreendidas (760g de crack, 2,9kg de maconha e 10g de pasta base de cocaína).

No entanto, verifica-se que o aumento se deu de maneira exorbitante, pois, ainda que a quantidade de drogas seja relevante, inexistente fundamento concreto para exasperar demasiadamente a pena na primeira fase.

Nesse sentido, afigura-se adequada a adoção da fração de 1/6 (um sexto) para cada vetor negativo na primeira fase da dosimetria, "por ser patamar que encontra amparo

na jurisprudência desta Corte Superior, diante da ausência de parâmetros legalmente estipulados para esse acréscimo" (REsp 1.893.760/AC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 30/09/2021).

Ademais, para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, não bastando ilações e/ou suposições sem esboço fático válido.

No tocante à utilização da quantidade de droga na primeira e na terceira fase da dosimetria, verifica-se que:

A Terceira Seção deste STJ, na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado - nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos. Todavia, é necessário que sejam considerados apenas em uma das fases da dosimetria da pena. (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.)

Nesse sentido, ainda que a quantidade de droga, *in casu*, autorize a modulação da fração de diminuição da minorante do tráfico privilegiado, tal fundamento já foi utilizado para exasperar a pena na primeira fase, razão pela qual se afigura imprópria a utilização simultânea da quantidade de droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal e para modular a fração de diminuição da referida minorante, sob pena de *bis in idem*. Nesses termos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS INCONTROVERSOS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. MINORANTE DO TRÁFICO. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TRÁFICO PRIVILEGIADO RECONHECIDO. PENA REDUZIDA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA.

1. Tratando-se da atribuição de novo valor jurídico a fatos incontroversos registrados pelas instâncias ordinárias em suas respectivas decisões, fica afastada a aplicação da Súmula n. 7/STJ.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, "A tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534, Terceira Seção do STJ). (AgRg no HC n. 690.866/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 30/5/2022).

3. Tendo o volume das drogas apreendidas sido considerado para fins de incremento da pena-base, não é lícito que seja novamente sopesado para fins de negar a minorante do tráfico privilegiado, sob pena de bis in idem.

4. Transcorrido o prazo prescricional a partir do acórdão confirmatório, cabível a

decretação da prescrição da pretensão punitiva, diante do redimensionamento da pena pelo reconhecimento do tráfico privilegiado e pela menoridade relativa.

5. Agravo regimental provido para decretar a extinção da punibilidade.

(AgRg no AREsp n. 2.089.271/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 14/9/2022, DJe de 20/9/2022.)

Nesse contexto, afastada a condenação pela associação ao tráfico e tendo sido utilizada a quantidade de drogas para fixar a pena-base acima do mínimo legal, o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deve ser aplicado no patamar máximo, haja vista a ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis.

Assim, a pena da paciente deve ser redimensionada.

Na primeira fase, deve ser realizado um acréscimo de 1/6 por conta da natureza e da quantidade de drogas apreendidas, razão pela qual fixo a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa. Ausentes agravantes e atenuantes, a pena deve ser aumentada em 1/6 (majorante relativa ao envolvimento de adolescente) e reduzida em 2/3 (minorante do tráfico privilegiado), resultando na reprimenda definitiva de 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, mais 226 dias-multa.

Adequado o regime semiaberto, ante o *quantum* de pena aplicado e a quantidade de droga apreendida, conforme o art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para absolver a paciente do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 e para reduzir a pena do tráfico a 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, mais 226 dias-multa, em regime semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de fevereiro de 2023.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)

Relator