



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2021599 - SP (2022/0261928-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : ROBSON MENDES DE JESUS
ADVOGADOS : ALEX GOMES SEIXAS - DEFENSOR PÚBLICO - SP248005
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DA CALAMIDADE PÚBLICA. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE A PANDEMIA DO COVID-19 E A PRÁTICA DO CRIME. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO DIANTE DE AÇÕES PENAIS EM CURSO E QUANTIDADE DAS DROGAS (73,4 GRAMAS DE COCAÍNA E 5,9 GRAMAS DE MACONHA). IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. APLICADA A MINORANTE EM SEU GRAU MÁXIMO. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve a condenação por tráfico de drogas, majorando a pena em razão da quantidade e natureza das substâncias apreendidas, e aplicou a agravante de calamidade pública, compensada com a atenuante da menoridade relativa.

2. O recorrente foi condenado a 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, com o Tribunal de origem afastando a aplicação do tráfico privilegiado com base na quantidade de drogas e em ações penais em curso.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a agravante de calamidade pública pode ser aplicada e se a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado pode ser afastada com base em ações penais em curso e na quantidade de drogas apreendidas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A jurisprudência do STJ estabelece que a agravante de calamidade pública não pode ser aplicada sem demonstração de como a situação influenciou individualmente o comportamento do agente.

5. A jurisprudência do STJ também determina que inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.

6. A quantidade de drogas apreendidas não pode, por si só, afastar a aplicação do tráfico privilegiado, devendo ser considerada na fixação da pena-base ou na modulação da fração de diminuição, desde que não utilizada na primeira fase da dosimetria.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR A AGRAVANTE DE CALAMIDADE PÚBLICA E RECONHECER A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, REDIMENSIONANDO A PENA PARA 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, COM SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 19 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2021599 - SP (2022/0261928-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : ROBSON MENDES DE JESUS
ADVOGADOS : ALEX GOMES SEIXAS - DEFENSOR PÚBLICO - SP248005
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DA CALAMIDADE PÚBLICA. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE A PANDEMIA DO COVID-19 E A PRÁTICA DO CRIME. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO DIANTE DE AÇÕES PENAIS EM CURSO E QUANTIDADE DAS DROGAS (73,4 GRAMAS DE COCAÍNA E 5,9 GRAMAS DE MACONHA). IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. APLICADA A MINORANTE EM SEU GRAU MÁXIMO. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve a condenação por tráfico de drogas, majorando a pena em razão da quantidade e natureza das substâncias apreendidas, e aplicou a agravante de calamidade pública, compensada com a atenuante da menoridade relativa.

2. O recorrente foi condenado a 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, com o Tribunal de origem afastando a aplicação do tráfico privilegiado com base na quantidade de drogas e em ações penais em curso.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a agravante de calamidade pública pode ser aplicada e se a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado pode ser afastada com base em ações penais em curso e na quantidade de drogas apreendidas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A jurisprudência do STJ estabelece que a agravante de calamidade pública não pode ser aplicada sem demonstração de como a situação influenciou individualmente o comportamento do agente.

5. A jurisprudência do STJ também determina que inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.

6. A quantidade de drogas apreendidas não pode, por si só, afastar a aplicação do tráfico privilegiado, devendo ser considerada na fixação da pena-base ou na modulação da fração de diminuição, desde que não utilizada na primeira fase da dosimetria.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR A AGRAVANTE DE CALAMIDADE PÚBLICA E RECONHECER A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, REDIMENSIONANDO A PENA PARA 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, COM SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fl. 364 (e-STJ):

Trata-se de recurso especial interposto pela diligente Defensoria Pública estadual em prol do réu apenado ROBSON MENDES DE JESUS à base da alínea a da norma constitucional contra aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e-STJ, fls. 263/280) que provera apelação ministerial, desprovendo a defensiva, com esta ementa:

“APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. Materialidade e autoria comprovadas. Relatos seguros e coesos de policiais militares, que apreenderam palpável quantidade de cocaína e maconha. Condenação mantida. Pena-base acima do piso em face de circunstância desfavorável representada pela considerável quantidade, variedade e acentuada lesividade de parte dos entorpecentes apreendidos à saúde pública (artigo 42 da Lei nº. 11.343/06), bem como pela personalidade desvirtuada. Reconhecimento da agravante do artigo 61, II, 'j', do CP, seguido da compensação com a atenuante da menoridade relativa. Quadro adverso inconciliável com o privilégio previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas. Regime prisional fechado único adequado ao crime de natureza hedionda e às circunstâncias negativas do mesmo modo colidentes com retiro menos severo e a substituição da corporal por restritivas de direitos ou com a concessão de sursis. Provimento tão-só ao apelo da acusação.” (e-STJ, fl. 264).

O réu apenado ROBSON MENDES DE JESUS ora recorrente foi denunciado em 12/02/2021 (e-STJ, fls. 60/63) e condenado em 12/07/2021 (e-STJ, fls.

143/148) a penas “definitivas” de 5 anos de reclusão sob regime inicial fechado e 500 dias- multa por narcotráfico, tendo o Tribunal a quo em

15/12/2021 desprovido a apelação defensiva e provido a ministerial para aumentar as penas “definitivas” infligidas a 6 anos de reclusão sob regime inicial fechado e 600 dias-multa (e-STJ, fls. 263/280), segundo ementa supra.

Opostos embargos declaratórios em 11/04/2022 (e-STJ, fls.

295/298), foram rejeitados em 28/04/2022 (e-STJ, fls. 300/306).

A diligente defesa interpôs recurso especial em 06/06/2022 à base da alínea a da norma constitucional pretextando violação aos artigos 33, §2º, 44, 59 e 61, inciso II, alínea j, do CP, e 33, §4º e 42, da Lei nº 11.343/06, visando à reforma do cálculo dosimétrico para que se beneficie o apenado com privilégio e redutor de penas à razão máxima (2/3) segundo artigo 33, §4º da lei especial, reduzindo-se ainda a pena-base à mínima legal, e mitigando-se o regime prisional inicial, além de substituir a nova pena corporal “definitiva” por penas alternativas restritivas de direitos (sic, e-STJ, fls. 314/328). Houve contrarrazões (e-STJ, fls. 333/354).

Admitido na origem em 05/08/2022 (e-STJ, fl. 354), após-se nesta instância certidão cartorária “com fé pública” de “vista pessoal legal” ministerial em 29/08/2022 “para parecer” (e-STJ, fl. 362).

A defesa alega, em síntese, a inidoneidade da fundamentação apresentada para a incidência da agravante da calamidade pública e para o afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado.

Requer o provimento do recurso especial para que seja reduzida a pena.

É o relatório.

VOTO

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

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

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

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violados os arts. 33, §2º, b e c; 44, 59 e 61, II, j, do CP, bem como o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sustentando que não ficou provado o nexo entre a situação vivenciada

no período da calamidade e o crime cometido. Ainda, alega que faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado.

Com razão a defesa.

A análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta Corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 271-278):

[...]

Na hipótese, tal como ressaltou o Ministério Público via apelo, o incremento foi até benéfico, isso porque a considerável quantidade, variedade e natureza acentuadamente lesiva de parte dos entorpecentes apreendidos (cocaína, dotada de alto poder viciante e proeminentemente lesiva à saúde pública) desnudam dolo exacerbado ou um plus de reprovabilidade a exigir incremento da basilar, nos termos do artigo 42 da Lei nº. 11.343/06, possibilitando a circunstância ao agente, ademais, atingir maior número de usuários, de modo a contribuir sobremaneira com a disseminação do vício e correlata destruição de lares ou famílias.

Sobre o tema já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça ao assentar que “O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida 13 (treze) pedras de 'crack' justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3” (STJ, 5ª T., HC 225575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 05-06-12).

“Em se tratando dos crimes previstos na Lei de Drogas, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06” (STJ, AgRg no HC 244370/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 19-12-2014, grifei).

Também “Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes” (STJ, HC 187330/MG, Relator Ministro GILSON DIPP, grifei).

Do mesmo modo, “1. A natureza da droga apreendida - cocaína, dotada de alto poder viciante - constitui fundamento idôneo a ensejar a exasperação da pena-base, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006” (STJ, HC 338379/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado 06-12-2016, sem grifo no original).

A circunstância negativa em pauta não só exige sanção mais severa como, também, deve ser sopesada para indicar dedicação a atividade espúria ou integração a organização criminosa, tal como há pouco assentou o Superior Tribunal de Justiça com lastro em remansosa jurisprudência, in verbis: “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO

REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA” (STJ, HC 361912/SP, Relator Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, julgado 06-12-2016, grifei).

Posicionamento da Suprema Corte não dissente, anotando-se que, “1. Consoante a inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga apreendida, entre outros aspectos, devem ser sopesadas no cálculo da pena” (STF, HC 127241/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado 04-08-2015, sem grifo no original).

Igualmente, “a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para fixar a pena-base acima do mínimo legal” (STF, RHC 122598, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, grifo inexistente no texto original), enquanto o “próprio artigo 42 da lei 11.343/2006 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto.

Inegável, portanto, que o magistrado pode elevar a pena-base em razão da natureza da droga” (STF, RHC 117489/MS, Relatora Ministra ROSA WEBER, grifou-se).

Além disso, também se ignorou o fato de o réu ter cometido o crime enquanto se encontrava em liberdade provisória decorrente de ações penais relativas à prática de tráfico de entorpecentes (processos nº 1502661-21.2020.8.26.0536 e 1502998-10.2020.8.26.0536 a fls. 26/27, esta, inclusive, com condenação já confirmada em segundo grau, aguardando-se apenas o trânsito em julgado, consoante informações obtidas via Gabinete), saltando aos olhos a personalidade desvirtuada do agente que, mesmo já figurando em processo anterior por igual crime, continua deliberadamente a delinquir ou a persistir na senda do ilícito, quadro revelador de total menoscabimento para com o ordenamento jurídico pátrio.

Não se desconhece o entendimento do Pretório Excelso no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso não denotam antecedentes desabonadores, em atenção à presunção de não culpabilidade (STF, Tribunal Pleno, RE 591054/SC, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJe 25-02-2016, recurso escolhido como representativo da controvérsia em matéria de repercussão geral), mesma orientação firmada na Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Porém, salta aos olhos a personalidade desvirtuada do acusado, preso em flagrante enquanto respondia em liberdade a outros dois feitos também pelo cometimento de tráfico de drogas, quadro a exigir incremento da basilar, em atenção aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização do “castigo”.

Imperioso, pois, o incremento da basilar um quinto (1/5) acima do piso, a resultar seis (6) anos de reclusão, mais seiscentos (600) dias-multa.

Já na segunda fase da dosimetria, como também pleiteado pela Justiça Pública, de rigor o reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, “j”, do Código Penal diante do estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19, consoante Decreto Legislativo Federal nº. 06/2020, cuidando-se de circunstância de natureza objetiva (sem se ignorar que a situação enseja menor circulação de pessoas a facilitar o sucesso da traficância), para, na sequência, compensá-la com a atenuante da

menoridade relativa, permanecendo a reprimenda no patamar antes especificado.

Julgado desta Colenda Câmara corrobora o racional posicionamento, in verbis: “Sem razão recorrente ao postular o afastamento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, “j” do Código Penal, pois é inegável a maior reprovabilidade da conduta criminosa praticada durante a pandemia de Covid-19, pois isto demonstra que o réu ignorou o isolamento social necessário para não propagação da doença. É de se considerar ainda que a sociedade como um todo está mais vulnerável, sendo que aqueles que se aproveitam desta situação merecem maior reprovabilidade, já que se aproveitaram para cometer crimes, mesmo tendo consciência que muitas pessoas vêm enfrentando situações críticas financeiras” (Apelação nº. 1519958-92.2020.8.26.0228, Relator Desembargador MACHADO DE ANDRADE, julgado 01-03-2021).

Descabido o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, primeiro porque o denunciado não demonstrou exercer função lícita de forma satisfatória (ao contrário, declarou-se “estudante” fls. 07 e 131), detalhe apto a indicar ser a mercancia espúria a “profissão” ou meio de vida dele, daí a habitual dedicação a atividade criminosa incondizente com a minorante, algo corroborado pelo fato de o agente como antes anotado responder a anteriores ações penais pela prática de idêntico crime à época dos fatos (uma delas somente aguardando o trânsito em julgado diante da decisão em segundo grau que, de ofício, reconheceu o privilégio e mitigou a reprimenda processo nº 1502998-10.2020.8.26.0536), quadro ínsito à perene traficância.

“Como não tem outra atividade, a única conclusão a que se pode chegar é que se dedica costumeiramente à atividade criminosa de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir pertencer a organização criminosa que a abastece com a droga a ser comercializada” (TJESP, Apelação Criminal nº. 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador SOUZA NERY).

Recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça corroboram o racional posicionamento, litteris: “É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, embora ações penais 'em curso' não possam ser utilizadas para o incremento da pena-base, podem servir como fundamento válido a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, delineamento evidenciado no caso em exame” (STJ, AgRg no AREsp 1284680/AM, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 08-03-2019).

“A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda- base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes” (STJ, AgRg no REsp 1678417/GO, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 30-04-2018).

Se tudo isso não fosse suficiente, ainda deixou claro o Superior Tribunal de Justiça que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas, bem como as circunstâncias da abordagem do agente, por si sós, indicam a maior periculosidade social da ação, outro obstáculo à incidência da causa de redução de pena (STJ, HC 182359/RJ), conforme reiterado posicionamento das Cortes Superiores (STJ, HC 350122/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA

FONSECA, DJe 28-04-2016; AgRg no REsp 1578930/MG, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 02-05-2016; HC 352811/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, julgado 28-06-2016; HC 321613/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 10-06-2016; HC 362619/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 15-09-2016; HC 362266/RS, idêntico Relator), expressando a Suprema Corte idêntica e lógica percepção.

[...]

Cabe dizer que o legislador, ao “criar” a minorante, teve como alvo o “pequeno” e esporádico traficante, condição colidente com o agente pilhado na posse de considerável volume de drogas variadas, parte delas dotada de proeminente poder lesivo, repita-se.

Ausentes outras causas modificadoras, a reprimenda se concretiza no patamar antes especificado, unidade da pecuniária no piso.

Incogitáveis, também, a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e a concessão de sursis, providências no caso claramente insuficientes à repressão e prevenção do delito de natureza hedionda, representando qualquer delas incentivo à criminalidade, além do que a corporal imposta (superior a quatro anos de reclusão) e a circunstância adversa antes registrada denotam óbices expressos às benesses (artigos 44, incisos I e III e 77, caput, inciso II, ambos do Código Penal).

De resto, o regime fechado para início de cumprimento da corporal é o único adequado ao tráfico e às circunstâncias adversas antes reportadas do mesmo modo colidentes com retiro menos severo (artigos 42 da Lei de Tóxico e 33, § 3º, do Código Penal).

Solução mais branda ensejaria sentimento de impunidade e incentivaria a prática de delito que há muito atormenta a população, decorrendo o retiro pleno também da maior severidade decorrente de dispositivo constitucional (artigo 5º, XLIII).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado através de circunstância desfavorável (posse de considerável quantidade de drogas dotadas de acentuada nocividade à higidez física ou psíquica da população, a par do alto poder viciante da cocaína), sem se ignorar o cometimento de infração penal de indiscutíveis gravidade e repercussão.

[...]

Como se vê do excerto, entendo que o Tribunal de origem deixou de seguir a jurisprudência atual da Quinta Turma desta Corte, no sentido de que se deve demonstrar como referido quadro fático (Calamidade Pública - COVID-19) influiu de forma individualizada no comportamento do agente, sem soar como aplicação genérica e abstrata no fator dosimétrico, o que não ocorreu no caso em apreço, senão vejamos:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MERA REITERAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA N. 182, STJ. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE CALAMIDADE PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE A PANDEMIA DO COVID-19 E A PRÁTICA DO CRIME. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA APLICADAS EM CUMULAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO

CONCRETA. ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I - Uma vez que insuficientes as assertivas genericamente apresentadas de que todos os requisitos de admissibilidade foram preenchidos ou a mera reiteração da controvérsia, tem aplicabilidade o disposto na Sumula n. 182, STJ, segundo a qual, "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

"II - Conforme jurisprudência desta Corte, a circunstância agravante prevista no art. 61, II, "j", não pode ser reconhecida quando os fatos discutidos nos autos não guardarem relação com o estado de exceção decorrente da pandemia do Covid-19. Precedentes.

III - Considerar o contexto da pandemia COVID-19 como circunstância agravante sem que se demonstre como referido quadro fático influiu de forma individualizada no comportamento do agente, soa como aplicação genérica e abstrata de referido fator dosimétrico.

IV - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique quando da escolha da cumulação das causas de aumento.

V - Forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que o cúmulo de causas de aumento foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, uma vez que ausente a demonstração das peculiaridades do caso em comento. Agravo regimental não conhecido. Concedido habeas corpus de ofício.

(AgRg no AREsp n. 2.417.007 / SP, relator Ministro Messod Azulay, Quinta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 7/6/2024.) (Grifo acrescido)

Além disso, o Tribunal de origem afastou a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao fundamento de que, além da quantidade de drogas (73,4 gramas de cocaína e 5,9 gramas de maconha), duas ações penais em curso indicam que o recorrente se dedica a atividades criminosas.

Contudo, a respeito do tema, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que "Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). O mesmo entendimento se aplica às condenações transitadas em julgado relacionadas a fatos posteriores" (AgRg no REsp 1.891.998/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022).

Ademais, o afastamento da aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base na quantidade de entorpecente apreendida, não possui respaldo na jurisprudência desta Corte, conforme se extrai dos seguintes

precedentes da Quinta e Sexta Turmas:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE DE DROGA E PELA CONDIÇÃO DE MULA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. FRAÇÃO DE 1/6. ADEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que 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.

2. Posteriormente, o referido colegiado aperfeiçoou o entendimento anteriormente exarado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria.

3. Na espécie, o fundamento de que o agente transportava grande quantidade de droga a serviço de terceiros não se presta a sustentar o afastamento da benesse, uma vez que evidencia, de plano, apenas a condição de mula e não de dedicação a atividades criminosas. E, nos termos da jurisprudência desta Corte, a condição de mula, per se, não tem o condão de impedir o reconhecimento do privilégio em comento, de modo que faz jus o agravado à incidência da minorante na fração de 1/6.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 842630 / SC, RELATOR Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 18/12/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 21/12/2023. Grifo Acrescido)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA REALIZAÇÃO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTO INIDÔNEO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado ao ora agravado, na fração de 1/6.

2. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatórios. Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, mas valoração jurídica dos fatos já delineados pelas

instâncias ordinárias.

3. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que o "mero transporte eventual ou esporádico de droga - ainda que em grandes quantidades -, sem outros elementos que evidenciem o envolvimento do agente com organização criminosa, não é suficiente para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no AREsp n. 2.321.950/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023.)

4. No caso dos autos, o Tribunal local utilizou-se do fato de o paciente ter realizado transporte interestadual de elevada quantidade de entorpecente - 6,25 kg (seis quilos e vinte e cinco gramas) de cocaína - para negar a aplicação do benefício ao réu.

Entretanto, da leitura dos autos, não se verifica a presença de outros elementos que permitam concluir com clareza a dedicação ao tráfico de forma habitual, revelando-se inidônea, em consequência, a motivação utilizada para a negativa do privilégio.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 849305 / MS, RELATOR Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 19/09/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 26/09/2023)

Desse modo, deve incidir a fração de 2/3 para a diminuição da pena.

Passo à dosimetria.

A pena-base foi fixada em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa. Na segunda fase, mantida a incidência da atenuante da menoridade relativa, a pena retorna ao mínimo legal. Na terceira fase, aplica-se a redução de 2/3 pela incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, totalizando 1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa.

Considerando-se a quantidade final de pena, é cabível a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser determinada pelo Juízo das execuções.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial a fim de afastar a agravante da calamidade pública e reconhecer a minorante do tráfico privilegiado, para redimensionar a pena do recorrente ao patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0261928-1

REsp 2.021.599 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15006369820218260536 20210001019411 20220000313693 20396902021

PAUTA: 17/12/2024

JULGADO: 17/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. PAULA BAJER FERNANDES

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ROBSON MENDES DE JESUS
ADVOGADOS : ALEX GOMES SEIXAS - DEFENSOR PÚBLICO - SP248005
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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