



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2026372 - SP (2022/0289129-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : GUSTAVO DE LIMA SOUZA
ADVOGADO : ÉRICA SUELEN MACHADO - DEFENSORA DATIVA - SP444449
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE APROVEITAMENTO DA PANDEMIA PARA A PRÁTICA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO DA PENA E FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a condenação do recorrente pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006), com pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 680 dias-multa. A defesa alega insuficiência probatória, ausência de conexão entre o crime e o estado de calamidade pública, e fundamentação inidônea para o afastamento do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) verificar se houve insuficiência probatória para a condenação; (ii) avaliar a aplicação da agravante do estado de calamidade pública; e (iii) analisar a fundamentação para o afastamento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, considerando a existência de ações penais em curso.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Quanto à insuficiência probatória, o Tribunal de origem confirmou a condenação com base em depoimentos consistentes dos policiais e provas materiais, como o auto de prisão em flagrante, auto de exibição e apreensão, e laudos

toxicológicos. O depoimento de policiais é considerado meio idôneo e suficiente para embasar a condenação quando colhido sob o contraditório e em consonância com outras provas dos autos.

4. Em relação à agravante do estado de calamidade pública (art. 61, II, *j*, do Código Penal), esta Corte entende que sua aplicação exige comprovação de que o agente se prevaleceu da situação de calamidade para facilitar ou intensificar a prática criminosa, o que não ocorreu no caso concreto. O Tribunal de origem aplicou a agravante apenas em razão da vigência da pandemia, sem demonstrar qualquer conexão entre a calamidade e o delito. Assim, deve ser afastada a incidência da agravante.

5. Quanto ao afastamento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que inquéritos e ações penais em curso não podem ser considerados para impedir o benefício, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência. A dedicação a atividades criminosas deve ser comprovada por outros elementos concretos. No caso, a existência de ação penal pendente de trânsito contra o recorrente não constitui fundamento válido para afastar o redutor.

6. Considerando que o réu é tecnicamente primário, com a quantidade de droga apreendida totalizando 6,39g de cocaína, e ausentes outros elementos que demonstrem sua dedicação ao tráfico, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena na fração de 2/3.

IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, 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 2026372 - SP (2022/0289129-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : GUSTAVO DE LIMA SOUZA
ADVOGADO : ÉRICA SUELEN MACHADO - DEFENSORA DATIVA - SP444449
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE APROVEITAMENTO DA PANDEMIA PARA A PRÁTICA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO DA PENA E FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a condenação do recorrente pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006), com pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 680 dias-multa. A defesa alega insuficiência probatória, ausência de conexão entre o crime e o estado de calamidade pública, e fundamentação inidônea para o afastamento do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) verificar se houve insuficiência probatória para a condenação; (ii) avaliar a aplicação da agravante do estado de calamidade pública; e (iii) analisar a fundamentação para o afastamento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, considerando a existência de ações penais em curso.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Quanto à insuficiência probatória, o Tribunal de origem confirmou a condenação com base em depoimentos consistentes dos policiais e provas materiais, como o auto de prisão em flagrante, auto de exibição e apreensão, e laudos

toxicológicos. O depoimento de policiais é considerado meio idôneo e suficiente para embasar a condenação quando colhido sob o contraditório e em consonância com outras provas dos autos.

4. Em relação à agravante do estado de calamidade pública (art. 61, II, *j*, do Código Penal), esta Corte entende que sua aplicação exige comprovação de que o agente se prevaleceu da situação de calamidade para facilitar ou intensificar a prática criminosa, o que não ocorreu no caso concreto. O Tribunal de origem aplicou a agravante apenas em razão da vigência da pandemia, sem demonstrar qualquer conexão entre a calamidade e o delito. Assim, deve ser afastada a incidência da agravante.

5. Quanto ao afastamento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que inquéritos e ações penais em curso não podem ser considerados para impedir o benefício, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência. A dedicação a atividades criminosas deve ser comprovada por outros elementos concretos. No caso, a existência de ação penal pendente de trânsito contra o recorrente não constitui fundamento válido para afastar o redutor.

6. Considerando que o réu é tecnicamente primário, com a quantidade de droga apreendida totalizando 6,39g de cocaína, e ausentes outros elementos que demonstrem sua dedicação ao tráfico, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena na fração de 2/3.

IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 1501044-81.2021.8.26.0571).

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 680 dias-multa.

Interposta apelação pela defesa, o recurso foi desprovido pelo Tribunal de origem.

No presente recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, aponta a defesa violação do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, tendo em vista a insuficiência probatória para ensejar a condenação do recorrente.

Aduz também violação dos arts. 61, II, *j*, do Código Penal, e 33, § 4º, da

Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que não há provas de que o crime cometido tenha conexão com o estado de calamidade pública, além da fundamentação inidônea para não conceder a causa de diminuição da pena devido a uma ação penal em curso.

Requer, assim, a absolvição do recorrente, ou, subsidiariamente, o redimensionamento da pena com o abrandamento do regime prisional.

Apresentadas as contrarrazões e admitido parcialmente na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento parcial do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Tribunal de origem condenou o recorrente, pelo delito de tráfico de drogas, nos seguintes termos (e-STJ fls. 228-230):

O Apelante foi denunciado porquanto consta que, no local, dia e hora descritos na inicial, agindo em concurso, com unidade de desígnios e identidade de propósitos com a adolescente T. G. M. O., trazia consigo, guardava e ocultava 3,01 gramas de “cocaína” e 3,38g da mesma substância tóxica (fls 3/5).

Nesse contexto, a materialidade é objeto dos autos de prisão em flagrante (fls 6) e de exibição e apreensão (fls 15/16) e laudos preliminar e toxicológico (fls 17/18 e 97/100).

Quanto à autoria, como registrado na r. sentença:

[...] os guardas municipais Sandro Márcio e Sandro Martins, após anotarem, ambos, que até então não conheciam o acusado, disseram (faz-se aqui a suma síntese dos depoimentos, os quais se complementam sem contradições) que patrulhando por aquelas redondezas, com informes prévios a respeito da prática do tráfico por um casal a partir de um bar (ponto visualizado na tela compartilhada através do sistema google maps durante a oitiva de um dos GC Ms), depararam-se com Gustavo e a adolescente T., exato momento em que ela repassava algo, que na abordagem verificou-se tratar de R\$50,00. Ainda, pela menor foram apresentados R\$40,00, celular e três porções de cocaína, por ela admitida a traficância com exclusividade, embora também tenha dito, em determinado momento, ser namorada de Gustavo, e indicada aos agentes a localização de outras três porções da mesma droga (essas alocadas do outro lado da calçada, dentro de um maço de cigarro e debaixo de areia), todas as porções embaladas sob a forma de “pó de Aricanduva” (designação dada pelos agentes de segurança do município para porções maiores que o corriqueiro, embaladas à vácuo e supostamente providas daquela região, na Capital). E parêntesis seja aberto para consignar que a potencialidade lesiva das substâncias veio atestada no laudo de fls. 96/100, como sendo, 6 porções, num total de 5,47 gramas

líquidos de cocaína. Interrogado nesta teleaudiência, tal qual em solo policial, fls. 10, aproveitando-se da versão da menor, a qual assumiu com exclusividade a traficância (fls. 09), Gustavo negou a conduta delituosa que lhe é imputada.

Fls 168/169.

Força admitir que a negativa do Réu restou de todo divorciada do quanto relatado pelos guardas metropolitanos, em depoimentos coerentes e consistentes, certo que presenciaram o momento em que a menor entregou dinheiro, em espécie ao Apelante, característica de venda de drogas.

Inexiste, pois, motivo para se acolher a tese defensiva de que o Acusado não teria participado da venda dos produtos apreendidos.

Bem decretada, portanto, a condenação a esse título, porquanto prevalece que:

3. Alegação de o réu ter sido condenado com base exclusiva em depoimento policial.

4. Nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais, invocados na sentença, confirmada no acórdão. Além da comprovação da materialidade do delito, a prova testemunhal decorrente de declarações dos policiais foi colhida, em juízo, assegurado o contraditório, inexistindo qualquer elemento a indicar pretendessem os policiais incriminar inocentes.

[...]

É válido e revestido de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos em ação investigativa ou responsáveis por prisão em flagrante, quando estiver em harmonia com as demais provas dos autos e for colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

[...]

Ademais, fartamente demonstrada, nos autos, a prática delitiva do tráfico de drogas com o envolvimento da adolescente, mostrando-se, pois, imperioso o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, não sendo acolhida a versão do Acusado de que estava paquerando a menor, sem conhecimento de que ela possuía produtos ilícitos.

Não há como, portanto, desvinculá-lo da autoria do delito.

Como se vê, há testemunhos seguros, somado ao conjunto probatório trazido como fundamento no acórdão recorrido (auto de prisão em flagrante, auto de exibição e apreensão, laudo de constatação e laudos de exame químico-toxicológico) de que o recorrente, com ajuda de um adolescente, comercializava 6 porções, num total de 5,47 gramas de cocaína, entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

Importante ressaltar, ainda, que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação

do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DEPOIMENTO DE AGENTE POLICIAL COLHIDO NA FASE JUDICIAL. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do ora agravante pelo crime de associação para o tráfico, de modo que, para se concluir pela insuficiência de provas para a condenação, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. São válidas como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS PROVAS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHAS POLICIAIS CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCOMPATIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Não obstante as provas testemunhais advirem de agentes de polícia, a palavra dos investigadores não pode ser afastada de plano por sua simples condição, caso não demonstrados indícios mínimos de interesse em prejudicar o acusado, mormente em hipótese como a dos autos, em que os depoimentos foram corroborados pelo conteúdo das interceptações telefônicas, pela apreensão dos entorpecentes - 175g de maconha e aproximadamente 100g de cocaína -, bem como pelas versões consideradas pelo acórdão como inverossímeis e permeadas por várias contradições e incoerências apresentadas pelo paciente e demais corréus.

3. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que o depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas,

cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 393.516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Desse modo, apoiada a condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes em prova suficiente, o acolhimento do pedido de absolvição demanda o exame aprofundado dos fatos, o que é inviável na via eleita.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL E VEICULAR. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem entendeu que o conjunto fático-probatório dos autos se mostrou robusto o suficiente para dar suporte à condenação do agravante pelo crime de tráfico de drogas. A revisão desse entendimento encontra óbice na Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.436.257/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 6/6/2024.)

No que concerne à dosimetria da pena, assim constou no acórdão impugnando (e-STJ fls. 231-233):

Isso posto, a pena-base como “o caso de Gustavo é peculiar. Embora tenha recém adquirido a maioridade (ostenta apenas 19 anos nascido em 18/10/02 fls. 141), apenas 15 dias após este flagrante, frustrando a confiança do juízo que lhe concedeu a liberdade provisória na custódia (fls. 42/6), não muito distante desse local, conforme se acompanhou na tela compartilhada durante o seu interrogatório, Gustavo foi novamente apanhado em situação de traficância, a qual lhe rendeu condenação pendente de trânsito em julgado, por sentença proferida por este mesmo juízo (certidão às fls. 150 e consulta aos respectivos digitais). Francamente, afronta escancarada ao sistema de administração da Justiça, a denotar indiscutível deturpação da personalidade e demandar rigor na estipulação da reprimenda, mesmo porque, a partir dela é que se almeja correção de conduta, até agora

não conseguida”, foi exasperada em 1/6 para atingir 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

[...]

Além disso, não fosse pela personalidade deturpada, a qual, ressalte-se, não poderia ser valorada, na espécie, o fato de existir ação penal em curso (fls 113 autos n. 150 1132-22.2021.8.26.0571), não transitada em julgado, não permite a exasperação da pena-base, seja a título de maus antecedentes ou mesmo conduta social transviada, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, nos termos da Súm. 444 do Col. Superior Tribunal de Justiça¹.

Assim sendo, a reprimenda básica merece ser fixada no mínimo legal, isto é, 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa, pois ausentes circunstâncias judiciais desabonadoras.

Na segunda fase, concorreram a Atenuante da menoridade com a agravante do artigo 61, II, “j”, do CP, vez que como mencionado alhures os crimes foram praticados em 04.08.2021, ou seja, na vigência do Decreto Legislativo nº 06 do Congresso Nacional e Decreto Estadual nº 64.879, ambos em vigor desde 20 de março de 2020, que reconheceram o estado de calamidade pública em razão da pandemia do novo coronavírus, restando desnecessário que a atual situação calamitosa influencie ou facilite diretamente a prática do crime² - as quais resultaram integralmente compensadas.

Na terceira etapa, majorou-se a sanção em 1/6, o que se deu de forma moderada e, portanto, mantém-se, haja vista o aliciamento de menor, perfazendo definitivas, assim, 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e 680 dias-multa.

Nesse ponto, a despeito do pleito de não incidência da aludida majorante, a conduta do Apelante de se apropriar de valores, em espécie, repassados pela adolescente, mostra-se altamente reprovável, a configurar a causa de aumento do artigo 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Quanto ao pretendido reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, **embora primário e sem antecedentes, não se admite a aplicação do aludido benefício, considerando-se que o Acusado se envolveu em outro crime de tráfico, pelo qual recentemente recebeu condenação pendente de trânsito em julgado, apenas 15 dias após ser liberado na audiência de custódia em tela, evidenciando-se que ele estava inserido na cadeia do narcotráfico dedicava-se a atividades criminosas.**

Ora, nem de longe o Réu se qualifica como “traficante de primeira viagem”, ou pequeno traficante (aquele que vende poucas porções, de forma isolada, para satisfação do próprio vício e subsistência).

De fato, assiste razão à defesa quanto à agravante da calamidade pública, tendo em vista que “[é] firme jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido de que a incidência da agravante do art. 61, inciso II, alínea “j”, do CP pressupõe a existência de situação concreta que demonstre que o agente se prevaleceu do estado de calamidade pública gerado pela pandemia para o cometimento do crime, o que não ocorreu na hipótese dos autos” (AgRg no AREsp n. 2.458.453/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado

em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024).

Na espécie, a agravante foi aplicada apenas pelo fato de o delito haver sido praticado na vigência da pandemia da covid-19, sem a demonstração de que o recorrente aproveitou-se do estado de calamidade pública para praticar o crime em exame, devendo, portanto, ser afastada.

De resto, a jurisprudência do STJ é no sentido de que ações penais em curso ou inquéritos não podem ser considerados para afastar a minorante do tráfico privilegiado, disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sendo necessário que a dedicação à atividade criminosa seja comprovada por outros elementos concretos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 DE OFÍCIO. SUPOSTA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PACIENTE QUE OSTENTA AÇÕES PENAIS EM CURSO. APLICAÇÃO DO ATUAL ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECEDENTES. NOVA DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

2. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado foi denegada em virtude de o paciente estar sendo processado pelo cometimento de crime idêntico (processo n.º1500307-24.2021.8.26.0618, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal de Taubaté/SP), cujos fatos ocorreram em 04 de março de 2021 (e-STJ, fls. 54 e 83/84), o que denotaria que já estava envolvido com o tráfico há tempos.

3. Todavia, a Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE n. 1.283.996 AgR, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). (HC n. 644.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, D Je 27/9/2021).

4. Dessa forma, o fato de o agente possuir ações penais em andamento, dissociado de outros elementos que demonstrem, de forma cabal, sua dedicação à atividade criminosa não é óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado. Assim, na espécie, inexistente óbice à aplicação da causa de diminuição na hipótese dos autos, a qual deve incidir, de ofício, inclusive na fração máxima de 2/3, para não incorrer em bis in idem com a pena-base.

[...]

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 945.104/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 30/10/2024, DJe de 5/11/2024.)

Ressalte-se que, embora apontado no acórdão impugnado que o recorrente se envolveu em outro crime de tráfico, considera-se tecnicamente primário, porquanto o trânsito em julgado encontra-se pendente, não se prestando, pois, a configurar maus antecedentes no processo em exame.

No caso concreto, apreendida 6,39g de cocaína, sendo o réu tecnicamente primário e não havendo elementos que demonstrem sua dedicação a atividades criminosas ou sua participação em organização criminosa, incide, portanto, a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 2/3.

Ademais, tratando-se de réu primário, à época da condenação, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, faz, pois, jus ao regime mais brando, nos termos das Súmula 440/STJ e 718 e 719/STF e, pelas mesmas razões à substituição das penas.

Assim, passo ao redimensionamento da pena do recorrente.

Mantendo a primeira e segunda fases no mínimo legal, e incidindo a fração de aumento em 1/6, pelo envolvimento de adolescente, além da redutora em 2/3 na terceira etapa, a pena do recorrente fica em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 194 dias-multa.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial para reduzir a pena do acusado a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e 194 dias-multa, e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0289129-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.026.372 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15010448120218260571 1501044812021826057117632021 17632021
20220000566822

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 : GUSTAVO DE LIMA SOUZA

ADVOGADO : ÉRICA SUELEN MACHADO - DEFENSORA DATIVA - SP444449

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, deu parcial provimento ao recurso especial, 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.