



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1984662 - SP (2022/0038708-4)

RELATOR : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)
RECORRENTE : WESLEY SOUZA DO NASCIMENTO
ADVOGADOS : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA
PÚBLICA - RJ147350
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO DEVOLUTIVO. OBSERVÂNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AÇÃO PENAL EM CURSO. TEMA N. 1.139. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento ao recurso ministerial para condenar o recorrente a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

2. A Defesa alega violação do art. 599 do CPP e do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sustentando que o acórdão imputou pena superior à pleiteada pelo Ministério Público e não reconheceu o tráfico privilegiado diante da existência de processo em andamento.

II. Questão em discussão

3. A discussão consiste em saber i) se teria havido violação do art. 599 do CPP e ii) se a existência de outra ação penal em curso pode ser utilizada para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

III. Razões de decidir

4. Não se verifica julgamento *extra petita*, notadamente diante do pedido de condenação pelo *caput* e pela observância do Tribunal de origem dos limites da apelação.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estabelece que ações penais em curso não constituem fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

IV. Dispositivo e tese

6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços).

Tese de julgamento: Ações penais em curso não constituem fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 599; Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp n. 2.607.212 /SP, rel. Min. Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado em 19/08/2024.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em Sessão Virtual de 25/06/2025 a 01/07/2025, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 01 de agosto de 2025.

Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(Desembargador Convocado do TJSP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1984662 - SP (2022/0038708-4)

**RELATOR : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**
RECORRENTE : WESLEY SOUZA DO NASCIMENTO
**ADVOGADOS : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA
PÚBLICA - RJ147350**
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO DEVOLUTIVO. OBSERVÂNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AÇÃO PENAL EM CURSO. TEMA N. 1.139. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento ao recurso ministerial para condenar o recorrente a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

2. A Defesa alega violação do art. 599 do CPP e do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sustentando que o acórdão imputou pena superior à pleiteada pelo Ministério Público e não reconheceu o tráfico privilegiado diante da existência de processo em andamento.

II. Questão em discussão

3. A discussão consiste em saber i) se teria havido violação do art. 599 do CPP e ii) se a existência de outra ação penal em curso pode ser utilizada para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

III. Razões de decidir

4. Não se verifica julgamento *extra petita*, notadamente diante do pedido de condenação pelo *caput* e pela observância do Tribunal de origem dos limites da apelação.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estabelece que ações penais em curso não constituem fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

IV. Dispositivo e tese

6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços).

Tese de julgamento: Ações penais em curso não constituem fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 599; Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp n. 2.607.212/SP, rel. Min. Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado em 19/08/2024.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por WESLEY SOUZA DO NASCIMENTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 1501926-56.2018.8.26.0536, que deu provimento ao recurso ministerial para condenar o recorrente a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 372/407).

Os embargos de declaração opostos pela Defesa foram rejeitados (fls. 296/308).

Nas razões do recurso especial, a Defesa alega violação do art. 599 do CPP e do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Aduz, em síntese, que o Juízo de primeiro grau desclassificou a conduta para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e absolveu o recorrente. No entanto, após recurso da Acusação, o acórdão teria imputado pena superior à pleiteada pelo Ministério Público e não reconheceu o tráfico privilegiado diante da existência de processo em andamento.

Contrarrazões às fls. 344/350.

O recurso foi admitido (fl. 418).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da tese de violação do art. 599 do CPP diante da Súmula n. 282/STF e pelo conhecimento e provimento do recurso especial para reconhecimento do tráfico privilegiado (fls. 433/437).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Consta do acórdão proferido em embargos de declaração pelo Tribunal de origem:

[...] Cumpre ressaltar que o pedido de condenação é por infração ao art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, sendo que a acusação apenas consignou não encontrar óbice para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da lei 11343/06, o que não impede a condenação como efetivado, com a não aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, não havendo que se falar, como quer fazer entender a defesa, em violação ao artigo 599 do Código de Processo Penal, nem ao princípio do tantum devolutum quantum appellatum.

[...].

Em suma, não houve afronta à prova produzida, nem ao artigo 599 do Código de Processo Penal que estabelece o princípio do tantum devolutum quantum appellatum, estando plenamente justificada a condenação do embargante como incurso no artigo no artigo 33, "caput", da Lei de Drogas, às penas de 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, no mínimo legal, em regime prisional inicial fechado, não havendo que se falar em ofensa a qualquer dos princípios constitucionais, normas, convenções ou legislação federal aventados pela defesa. [...].

No caso, não se verifica violação do art. 599 do CPP, notadamente diante do pedido expresso de condenação no *caput* formulado pela acusação em sede de apelação.

Destaca-se (fl. 216):

Ante o exposto, requeiro o PROVIMENTO do presente recurso de apelação, reformando-se a sentença de fls. 188/191, com a consequente CONDENAÇÃO de WESLEY SOUZA DO NASCIMENTO, por força de violação ao artigo 33, "caput" da Lei nº11.343/06. No que concerne à dosimetria da pena, cumpre observar que não há circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelado, razão pela qual requeiro que a pena-base seja fixada no mínimo legal. Não vislumbro óbice à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº11.343/06.

Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 599 DO CPP. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. *Agravo em recurso especial interposto contra decisão que manteve a dosimetria da pena fixada para o crime de roubo, sem permitir a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. O Tribunal a quo, em recurso da acusação, reconheceu a multirreincidência do réu, justificando a preponderância da agravante sobre a atenuante e aplicando um aumento proporcional de pena na segunda fase da dosimetria. O recorrente sustenta violação ao art. 599 do Código de Processo Penal, pleiteando a compensação integral da agravante da reincidência pela atenuante da confissão.*

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. *Há duas questões em discussão: (i) definir se o Tribunal, em recurso da acusação, pode reconhecer a multirreincidência, mesmo que o pedido refira-se apenas à reincidência, sem especificar a quantidade de condenações; (ii) definir se, no caso de réu multirreincidente, é admissível a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, ou se deve ser aplicada a compensação proporcional, com preponderância da reincidência, em respeito aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.*

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento no sentido de que, na dosimetria da pena, a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea podem ser compensadas de forma integral quando presentes uma única reincidência e uma única confissão.*

4. ***Não há que se falar em julgamento extra petita quando o Tribunal de origem julgou o recurso de apelação formulado pela acusação nos limites do seu efeito devolutivo, com a fundamentação necessária para o deslinde da controvérsia.***

5. *No caso de réu multirreincidente, a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, permitindo-se apenas a compensação proporcional entre ambas, conforme os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.*

6. *A aplicação da Súmula nº 83 do STJ é pertinente, visto que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, que autoriza a compensação parcial entre agravantes e atenuantes em casos de multirreincidência.*

7. *A revisão das conclusões do Tribunal de origem quanto à dosimetria da pena demandaria reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do STJ.*

IV. DISPOSITIVO

8. *Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial (AREsp n. 2.414.893/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 03/12/2024, DJEN de 26/12/2024 - grifamos).*

No tocante ao tráfico privilegiado, o Tribunal a quo decidiu:

[...]

O apelado foi denunciado porque, segundo a inicial acusatória de fls. 46/47, "no dia dois de junho de 2018, por volta de 01:50 horas, na Rua Polidoro de Oliveira Bitencourt, próximo ao numeral 153, Esplanada dos Barreiros, no município e comarca de São Vicente, trazia drogas consigo, para fim de tráfico, sem autorização".

Deflui ainda da denúncia que "na data e local supramencionados, policiais militares estavam em patrulhamento de rotina, quando avistaram o denunciado. Este, ao notar a presença policial, demonstrou nervosismo e tentou empreender fuga, o que ocasionou a sua abordagem. Realizada a revista pessoal no denunciado, no bolso direito de sua calça foram encontrados **09 (nove) pinos contendo cocaína** e a quantia de R\$ 60,00 (sessenta reais)".

[...].

Por fim, não há que ser aplicado o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que o conjunto probatório demonstra que o réu estava dedicado à atividade criminosa como meio de vida, sendo impossível a aplicação da benesse contida no § 4º, do artigo 33 da Lei antitóxicos.

O apelado vinha se dedicando a atividade criminosa do tráfico, **tanto que autuado em flagrante delito aos 05/09/2017, por crime idêntico, passando a responder ao Proc. Crime nº 1502913-35.8.26.0538 - 1ª V. Crim. São Vicente**, ainda em andamento (prisão preventiva revogada no dia imediato), tornou a se envolver em crime da mesma espécie, demonstrando que o apelado se dedica a atividade criminosa e faz dela seu meio de subsistência, a comprovar que ele não estava, por mero acaso, a praticar o crime de tráfico de entorpecentes.

Induvidoso que ao prever no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, a possibilidade de ser o agente beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa, pretendeu o legislador, com o chamado tráfico privilegiado, punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, "aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida". Situação, por óbvio, não caracterizada nestes autos, porquanto, flagrado o réu aos 05/09/2017, por crime idêntico, passando a responder ao Proc. Crime nº 1502913-35.8.26.0538 - 1ª V. Crim. São Vicente, ainda em andamento (prisão preventiva revogada no dia imediato), tornou a se envolver em crime da mesma espécie.

Bem se vê, o réu agiu reprovadamente, com vontade livre e consciente, dirigida à comercialização de cocaína droga especialmente nociva, apta a colocar em gravíssimo perigo a saúde pública, envolvendo sempre interesses de grupos altamente perigosos que, visando a difusão e fabricação do entorpecente, com frequência se estruturam em organizações criminosas.

Plenamente comprovado não se tratar de traficante eventual, mas de pessoa que vive da comercialização clandestina. Sobre o benefício do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, sem representar direito subjetivo do acusado, configurando mera faculdade do Juiz, que na dosimetria da pena deve se ajustar, com rigor e precisão, às diretrizes dos artigos 42, da Lei de Drogas, e 59, caput, do Código Penal. Até porque, se o favor legal fosse pelo legislador entendido como direito do réu, teria se utilizado do verbo 'dever', ao invés de fazer constar naquele dispositivo, "[...] as penas poderão ser

reduzidas de um sexto a dois terços [...]". Daí porque, não faz o apelado jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

Cediço que a aplicação desta causa de diminuição da pena, condiciona-se ao exame do caso concreto, pelo agente preenchidos, cumulativamente, todos os requisitos legais, i. e., ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades delituosas, nem integrar organização criminosa.

*Assim, pela **própria natureza da droga apreendida (cocaína), mais lesiva à saúde, prova estar ele ligado a um esquema maior de prática criminosa narcotraficante, indicando dedicar-se ele às atividades criminosas.** Aliás, quem não se dedica a atividades criminosas não conseguiria, sem mais nem menos, estar em poder dessa razoável quantia de substância entorpecente, voltada à venda, vindo o apelado a ser a ligação final de toda uma cadeia criminosa, encarregado da disseminação, propriamente dita, da substância entorpecente, que também não consta fossem por ele produzidas, não devendo, portanto, ser aplicado tal redutor ao apelado, tornando em definitivo a pena do apelado em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal. [...].*

É assente nesta Corte Superior que a gravidade concreta da conduta delitiva deve manter – com esteio na *teoria das margens* (discrecionalidade regrada), a cargo do Estado-Juiz e nos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade – simbiótica correspondência ao apenamento imposto sob a tríade tônica repressora, preventiva e pedagógica da pena alvitada pelo legislador, consoante interpretação sistêmica do art. 59, *caput*, do CP, c/c os arts. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei n. 11.343/2006, sob pena de proteção estatal insuficiente.

Em linha propedêutica de raciocínio:

*[a] individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar **discrecionalmente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto**, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada (AgRg no REsp n. 2.106.951/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/02/2024, DJe de 28/02/2024, grifamos).*

Nessa perspectiva, (não se olvida esta relatoria que) este Tribunal Superior tem assentado:

*Na falta de parâmetros legais **para se fixar o quantum** da redução pela incidência da minorante do art. 33, §4º da Lei n. 11.343/2006, os Tribunais Superiores decidiram que **a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice** (AgRg no AR Esp n. 2.466.078/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/05/2024, DJe de 28/05/2024, grifamos).*

*O disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nele prevista, **deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a***

fixação do quantum de diminuição de pena. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a **escolha da fração** de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **devem ser consideradas**, para orientar o cálculo da minorante, as **circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas** (AgRg no REsp n. 2.139.097/AL, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1º/07/2024, DJe de 03/07/2024, grifamos).

Ainda, não se descuida o Tribunal da Cidadania que

[a] hediondez e a gravidade inatas ao crime em questão [...] não podem, sozinhas, supedanear a imposição de regime mais severo que o cabível pela quantidade de pena aplicada (AgRg no HC n. 696.244/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07/12/2021, DJe de 13/12/2021, grifamos).

Da intelecção dos fragmentos destacados, o acórdão hostilizado destoa do entendimento trilhado por esta Corte de Uniformização, no sentido de que ações penais em curso não consubstanciam fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição.

Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A decisão de inadmissão do recurso especial assentou os óbices das Súmulas n. 7 e 13/STJ e n. 283/STF, bem como a ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial, seja por falta de cotejo analítico entre o paradigma e o acórdão recorrido, seja pela impossibilidade de demonstração da divergência com base em acórdão proferidos em habeas corpus, recurso ordinário, mandado de segurança e conflito de competência. Todavia, no respectivo agravo, a Defesa deixou de rebater, de forma concreta e específica, a incidência da Súmula n. 283/STF e a ausência de correta demonstração do dissídio jurisprudencial.

2. A ausência de ataque a todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial obsta o conhecimento do agravo, nos termos do art. 932, III, CPC/2015, do art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ e da Súmula n. 182/STJ, aplicável por analogia.

3. A configuração de ilegalidade manifesta na dosimetria das penas autoriza a concessão de ordem de habeas corpus de ofício, nos termos do art. 647-A do Código de Processo Penal.

4. Corte estadual, para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, considerou que o acusado transportava significativa quantidade de drogas do Estado do Rio Grande do Sul, para São Paulo, desfrutava, presumivelmente, da confiança de outros delinquentes, pois transportava considerável quantidade de droga de

valor específico maior - 6,75kg (seis quilos e setecentos e cinquenta gramas) de skunk, e já responde por outro delito relativo a lei de drogas em sua Cidade natal, o que comprovaria dedicar-se ao comércio espúrio como meio de vida.

5. Não obstante o evidente esforço argumentativo de se imprimir cores fortes às circunstâncias fáticas, é de se concluir que o afastamento da minorante relativa ao tráfico privilegiado decorreu da quantidade e da qualidade da droga apreendida, da caracterização do tráfico interestadual e do fato de o acusado responder a outra ação penal pela prática de conduta também prevista na Lei n. 11.343/2006.

6. A quantidade de droga apreendida - 6,75kg (seis quilos e setecentos e cinquenta gramas) de skunk-, embora seja digna de nota, não autoriza - per se - o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, máxime em se tratando de acusado primário, em favor do qual foram valoradas todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

7. O fato de o acusado responder a outra ação penal pela suposta prática de conduta similar não autoriza a conclusão esposada no acórdão apelatório. Com efeito, **o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.977.027/PR, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, editou o Tema n. 1.139, que dispõe: É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.**

8. Constitui indevido bis in idem o reconhecimento da majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006 e, ao mesmo tempo, diante da configuração do tráfico interestadual, afastar-se a minorante do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas.

9. Agravo regimental não provido. Ordem de habeas corpus concedida para reduzir a pena a 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, além de 500 (quinhentos) dias-multa (AgRg no AREsp n. 2.607.212/SP, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado em 19/08/2024, DJe de 23/08/2024.)

Portanto,

*[c]omo decorrência lógica da ratio decidendi do precedente vinculante, a **mera existência de outra ação penal em curso** [...] também **não pode ser admitida como fundamento idôneo para amparar a modulação da minorante**, sob pena de se validar o uso de acusação pendente de análise definitiva para produção de reflexos negativos na dosimetria da pena (AgRg no REsp n. 2.074.035/MG, Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, DJe 07/03/2024 - grifamos).*

Logo, a quantidade de droga apreendida (4,1 g de cocaína - fl. 111) não é expressiva e a natureza da substância não é suficiente, por si só, para afastar a causa de diminuição da pena.

Ausentes motivos para fixação em patamar diverso, a fração de diminuição deve ser de 2/3 (dois terços).

Dessa forma, fixada a pena no mínimo legal na primeira e segunda fase (fl. 391), impõe-se a aplicação da fração de redução de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços) e, consequentemente, o redimensionamento da

reprimenda em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Nesse contexto, fixada a pena base no mínimo legal, incide a Súmula Vinculante n. 59:

É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal.

Assim, fixa-se o regime inicial aberto e substitui-se a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), ficando a pena final redimensionada para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a ser fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0038708-4

REsp 1.984.662 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número de Origem:

15019265620188260536 1501926562018826053621332018 21332018

Sessão Virtual de 25/06/2025 a 01/07/2025

Relator

Exmo. Sr. Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. PAULO DE SOUZA QUEIROZ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : WESLEY SOUZA DO NASCIMENTO

ADVOGADOS : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA -
RJ147350

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO
EXTRAORDINÁRIA - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE
DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em Sessão Virtual de 25/06/2025 a 01/07/2025, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 01 de julho de 2025