



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.779 - SP (2019/0380989-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : LEONARDO BRITO CESARIO (PRESO)
ADVOGADOS : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE. IMPUGNAÇÃO REALIZADA. RECONSIDERAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FATO PENDENTE DE DEFINITIVIDADE. POSSIBILIDADE. REGIME. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE ENTORPECENTE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO. AGRADO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRADO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*, DE OFÍCIO.

1. Devidamente atacados os fundamentos da decisão agravada, reconsidero a decisão que não conheceu do agrado em recurso especial.
2. Fato criminal pendente de definitividade, embora não sirva para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), pode embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitir concluir que o agente se dedica a atividades criminosas.
3. Considerada a primariedade do réu, a fixação da pena-base no mínimo legal e a não relevante quantidade de entorpecentes, cabível a fixação do regime semiaberto.
4. A execução provisória da pena constitui constrangimento ilegal, nos termos do julgado proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, nas ADCs 43, 44 e 54.
5. Agrado regimental provido para conhecer do agrado e dar parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto e conceder *habeas corpus*, de ofício, para obstar a execução provisória da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao agrado regimental para conhecer do agrado e dar parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto e conceder *habeas corpus*, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 30 de junho de 2020 (Data do Julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Presidente

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.779 - SP (2019/0380989-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : LEONARDO BRITO CESARIO (PRESO)
ADVOGADOS : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do agravo em recurso especial.

Sustenta o agravante que devidamente impugnados os fundamentos da decisão agravada, tratando o recurso especial de matéria jurídica, e não fática, sendo impertinente, portanto, a incidência da Súmula 7/STJ.

Requer a reconsideração da decisão para, conhecido o agravo, prover o recurso especial.

Oferecidas contrarrazões (fls. 517-520).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.779 - SP (2019/0380989-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Devidamente atacados os fundamentos da decisão agravada, reconsidero a decisão que não conheceu do agravo em recurso especial. Assim, passo ao exame do seu mérito.

Aduz violação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pela negativa da minorante do tráfico privilegiado, e do art. 33 e 59 do CP, pela fixação do regime inicial fechado, em contrariedade com as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

Relativamente à negativa do benefício do tráfico privilegiado, fundamenta o acórdão a "dedicação às atividades criminosas eis que já condenado anteriormente pela prática do tráfico de entorpecentes" (fl. 298).

O entendimento adotado no acórdão corrobora a orientação jurisprudencial desta Corte de que os fatos criminais pendentes de definitividade, isto é, sem condenação transitada em julgado, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Confira-se:

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA.

POSSIBILIDADE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO PARA O AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.

POSSIBILIDADE.

[...] 3. Conforme entendimento consolidado neste Tribunal Superior, "embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constitui circunstância apta, em princípio, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas, salvo hipóteses excepcionais" (HC n. 358.417/RS, relator p/ acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/9/2016, DJe 3/10/2016).

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1551985/SE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 30/09/2019).

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...] 2. Embora seja certo que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento, ou mesmo de condenações ainda sem a certificação do trânsito em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado, não possa ser sopesada para exasperar a reprimenda-base - consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal -, não há óbice a que tais elementos possam, à luz das peculiaridades do caso concreto, ser considerados para evidenciar, como no caso, a dedicação do acusado a atividades delituosas.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1800238/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019).

Relativamente ao regime prisional, entendeu o acórdão que a "quantidade considerável de maconha, cocaína e “crack”, de maior poder viciante, por isso que o regime mais rigoroso é o adequado para prevenção e reprovação do delito", mencionando, ainda, que "o acusado já foi condenado pela prática de delito de idêntica natureza"(fl. 300).

No que concerne à fixação do regime prisional, considerada a primariedade do réu, o *quantum* de pena aplicado, em que fixada a pena-base no mínimo legal, e não relevante quantidade de entorpecentes (3,3 g de crack, 13,7 g de cocaína e 36,4 g de maconha), cabível a fixação do regime semiaberto.

Por fim, deve ser concedido *habeas corpus*, de ofício, para obstar a execução provisória da pena – determinada quando do julgamento do recurso de apelação (fl. 300) –, nos termos do julgado proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, nas ADCs 43, 44 e 54.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto e conceder *habeas corpus*, de ofício, para obstar a execução provisória da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0380989-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 1.637.779 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0002070-29.2016.8.26.0616 00020702920168260616 1985/2016 19852016
20702920168260616

EM MESA

JULGADO: 30/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LEONARDO BRITO CESARIO (PRESO)
ADVOGADOS : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : JOAO BATISTA DA SILVA NETO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LEONARDO BRITO CESARIO (PRESO)
ADVOGADOS : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto e conceder habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.