



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.816.288 - SP (2019/0155792-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : HERLANIO PEREIRA LOPES (PRESO)
AGRAVADO : MARCIO DE ARAUJO SANTOS
AGRAVADO : REYNALDO MULLER DE SOUZA VIANA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL MOBLEY GRILLO - DEFENSOR PÚBLICO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO. CONDENAÇÃO NÃO EXCLUÍDA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INTERRUÇÃO. OCORRÊNCIA. AGRAVADOS HERLANIO PEREIRA LOPES E MARCIO DE ARAUJO SANTOS. LAPSO PRESCRICIONAL. NÃO CONSUMAÇÃO. AGRAVADO REYNALDO MULLER DE SOUZA VIANA. MENORIDADE RELATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL REDUZIDO PELA METADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE MANTIDA. APELO NOBRE DEFENSIVO. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006 **(2.52G DE COCAÍNA E 70,11G DE MACONHA)**). ARTIGOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL APONTADOS COMO VIOLADOS. DESENVOLVIMENTO DE TESE. AUSÊNCIA. CONTROVÉRSIA NÃO DELIMITADA. SÚMULA N. 284 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DO *PARQUET* PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DEFENSIVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Segundo compreensão firmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em se tratando de acórdão, a data da sessão do Colegiado em que foi prolatado é que deve ser considerada para fins de interrupção da prescrição, e não a data da sua publicação no Diário da Justiça ou meio de comunicação similar.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era firme no sentido de que o acórdão que confirmava a condenação, ainda que modificasse a pena, não constituía novo marco interruptivo da prescrição. Entretanto, no julgamento no *Habeas Corpus* n. 176.473/RR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, firmou tese no sentido de que "[n]os termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumento a pena anteriormente imposta".

3. No caso concreto analisado pelo Pretório Excelso, ao prolatar o referido julgado, a discussão era estritamente acerca da interrupção do prazo prescricional pelo acórdão proferido no recurso de apelação interposto contra sentença condenatória. Não houve debate expresso se eventuais recursos subsequentes, ao serem julgados, v.g., os embargos infringentes, também teriam o mesmo efeito interruptivo do acórdão proferido na apelação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Embora não haja afirmação expressa, a partir dos fundamentos do acórdão proferido no *leading case*, ficou implícito que o entendimento firmado pela Suprema Corte é no sentido de que toda decisão judicial em grau recursal que não afasta a condenação tem o condão de interromper a prescrição, ainda que proferida em recurso exclusivamente defensivo. Somente não haverá efeito interruptivo se a insurgência defensiva for acolhida, por exemplo, para absolver ou declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, pois nessas hipóteses, não há confirmação da condenação.

5. Na situação dos autos, o desprovimento dos embargos infringentes, em 20/10/2016, e a rejeição dos embargos de declaração, em 20/09/2017, tiveram o condão de interromper a prescrição. Assim, em relação aos Agravados HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE ARAUJO SANTOS, não se consumou o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, devendo ser afastada a declaração de extinção da punibilidade efetivada na decisão agravada.

6. No tocante ao Agravado REYNALDO MULLER DE SOUZA VIANA, é de ser confirmada a decisão que decretou a extinção da punibilidade e julgou prejudicado o recurso especial, apenas em relação ao referido Acusado. Com efeito, segundo expressamente reconhecido na sentença, o referido Agravado era menor de 21 (vinte e um) anos na data dos fatos, motivo pelo qual o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, em relação a ele, é reduzido pela metade (art. 115 do Código Penal). Assim, a prescrição em relação a ele se consumou, pois transcorrido lapso superior a 2 (dois) anos desde a publicação, em sessão de julgamento, do acórdão que rejeitou os embargos de declaração, em 20/09/2017.

7. Reformada a decisão agravada que julgara extinta a punibilidade e declarara prejudicado o recurso especial, deve ser analisado o apelo nobre em relação aos Agravados HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE ARAUJO SANTOS.

8. Embora apontada ofensa aos arts. 5.º, 8.º, 41, inciso XII, e 92, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, não houve desenvolvimento de tese a respeito dos dispositivos, motivo pelo qual está ausente a delimitação da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

9. O *quantum* final da reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a ausência de circunstâncias judiciais negativas e a primariedade dos Agravados autorizam a fixação do regime aberto (Súmula n. 440 do STJ). Preenchidos também, os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal).

10. Agravo regimental do Ministério Público Federal parcialmente provido para afastar o reconhecimento da extinção da punibilidade tão-somente em relação aos Agravados HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE ARAUJO SANTOS. Recurso especial interposto pelos referidos Agravados PARCIALMENTE CONHECIDO e, nessa extensão, PROVIDO, a fim de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, dar parcial provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal, para afastar o reconhecimento da extinção da punibilidade tão-somente em relação aos Agravados HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE ARAUJO SANTOS, e conhecer parcialmente do recurso especial interposto pelos referidos Agravados e, nessa extensão, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.816.288 - SP (2019/0155792-0)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : HERLANIO PEREIRA LOPES (PRESO)
AGRAVADO : MARCIO DE ARAUJO SANTOS
AGRAVADO : REYNALDO MULLER DE SOUZA VIANA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL MOBLEY GRILLO - DEFENSOR PÚBLICO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, contra a decisão que declarou extinta a punibilidade dos Agravados, pela prescrição da pretensão punitiva e, por essa razão, julgou prejudicado o recurso especial por eles manifestado, nos termos da seguinte ementa (fl. 501):

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSUMAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PERDA DO OBJETO RECURSAL. DE OFÍCIO, DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PREJUDICADO."

Alega o Agravante que não teria se consumado a prescrição da pretensão, pois o acórdão que negou provimento aos embargos infringentes, bem assim o julgado que rejeitou os embargos de declaração a ele opostos, seriam marcos interruptivos da prescrição, nos termos do art. 117, inciso IV, do Código Penal.

Pede a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do regimental ao Colegiado, para que seja afastada a declaração de extinção da punibilidade dos Agravados, prosseguindo-se no julgamento do recurso especial por eles interposto, *"de modo a que seja conhecido parcialmente e, nessa extensão, provido o recurso especial, consoante parecer ministerial"* (fl. 513).

O Ministério Público do Estado de São Paulo se manifestou às fls. 523-526, postulando o provimento do agravo regimental.

Os Agravados, por meio da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, apresentaram impugnação (fls. 528-530).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.816.288 - SP (2019/0155792-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO. CONDENAÇÃO NÃO EXCLUÍDA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INTERRUPTÃO. OCORRÊNCIA. AGRAVADOS HERLANIO PEREIRA LOPES E MARCIO DE ARAUJO SANTOS. LAPSO PRESCRICIONAL. NÃO CONSUMAÇÃO. AGRAVADO REYNALDO MULLER DE SOUZA VIANA. MENORIDADE RELATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL REDUZIDO PELA METADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE MANTIDA. APELO NOBRE DEFENSIVO. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006 **(2.52G DE COCAÍNA E 70,11G DE MACONHA)**). ARTIGOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL APONTADOS COMO VIOLADOS. DESENVOLVIMENTO DE TESE. AUSÊNCIA. CONTROVÉRSIA NÃO DELIMITADA. SÚMULA N. 284 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DO *PARQUET* PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DEFENSIVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Segundo compreensão firmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em se tratando de acórdão, a data da sessão do Colegiado em que foi prolatado é que deve ser considerada para fins de interrupção da prescrição, e não a data da sua publicação no Diário da Justiça ou meio de comunicação similar.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era firme no sentido de que o acórdão que confirmava a condenação, ainda que modificasse a pena, não constituía novo marco interruptivo da prescrição. Entretanto, no julgamento no *Habeas Corpus* n. 176.473/RR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, firmou tese no sentido de que "[n]os termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumento a pena anteriormente imposta".

3. No caso concreto analisado pelo Pretório Excelso, ao prolatar o referido julgado, a discussão era estritamente acerca da interrupção do prazo prescricional pelo acórdão proferido no recurso de apelação interposto contra sentença condenatória. Não houve debate expresso se eventuais recursos subsequentes, ao serem julgados, v.g., os embargos infringentes, também teriam o mesmo efeito interruptivo do acórdão proferido na apelação.

4. Embora não haja afirmação expressa, a partir dos fundamentos do acórdão proferido no *leading case*, ficou implícito que o entendimento firmado pela Suprema Corte é no sentido de que toda decisão judicial em grau recursal que não afasta a condenação tem o condão de interromper a prescrição, ainda que proferida em recurso exclusivamente defensivo. Somente não haverá efeito interruptivo se a insurgência defensiva for acolhida, por exemplo, para absolver ou declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, pois nessas hipóteses, não há confirmação da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Na situação dos autos, o desprovimento dos embargos infringentes, em 20/10/2016, e a rejeição dos embargos de declaração, em 20/09/2017, tiveram o condão de interromper a prescrição. Assim, em relação aos Agravados HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE ARAUJO SANTOS, não se consumou o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, devendo ser afastada a declaração de extinção da punibilidade efetivada na decisão agravada.

6. No tocante ao Agravado REYNALDO MULLER DE SOUZA VIANA, é de ser confirmada a decisão que decretou a extinção da punibilidade e julgou prejudicado o recurso especial, apenas em relação ao referido Acusado. Com efeito, segundo expressamente reconhecido na sentença, o referido Agravado era menor de 21 (vinte e um) anos na data dos fatos, motivo pelo qual o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, em relação a ele, é reduzido pela metade (art. 115 do Código Penal). Assim, a prescrição em relação a ele se consumou, pois transcorrido lapso superior a 2 (dois) anos desde a publicação, em sessão de julgamento, do acórdão que rejeitou os embargos de declaração, em 20/09/2017.

7. Reformada a decisão agravada que julgara extinta a punibilidade e declarara prejudicado o recurso especial, deve ser analisado o apelo nobre em relação aos Agravados HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE ARAUJO SANTOS.

8. Embora apontada ofensa aos arts. 5.º, 8.º, 41, inciso XII, e 92, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, não houve desenvolvimento de tese a respeito dos dispositivos, motivo pelo qual está ausente a delimitação da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

9. O *quantum* final da reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a ausência de circunstâncias judiciais negativas e a primariedade dos Agravados autorizam a fixação do regime aberto (Súmula n. 440 do STJ). Preenchidos também, os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal).

10. Agravo regimental do Ministério Público Federal parcialmente provido para afastar o reconhecimento da extinção da punibilidade tão-somente em relação aos Agravados HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE ARAUJO SANTOS. Recurso especial interposto pelos referidos Agravados PARCIALMENTE CONHECIDO e, nessa extensão, PROVIDO, a fim de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A decisão agravada, proferida em 04/03/2020 tem o seguinte teor (fl. 502):

"Está extinta a punibilidade dos Recorrentes, pela prescrição da pretensão punitiva.

As reprimendas que lhe foram impostas transitaram em julgado para a Acusação.

Para a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prescrição ocorre em 4 (quatro) anos, como previsto no art. 109, inciso V, do Código Penal. No mesmo prazo prescreve a pena de multa (art. 114, inciso II, do mesmo Estatuto).

No caso, transcorreram mais de 4 (quatro) anos desde o último marco interruptivo que, segundo a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, consistiria na publicação da sentença condenatória, em 09/04/2014 (fl. 235).

Não se desconhece a existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o acórdão confirmatório da condenação seria novo marco interruptivo.

Entretanto, no caso concreto, o lapso de 4 (quatro) anos também se consumou entre a prolação do acórdão, em 26/11/2015 (fl. 294), e a presente data."

A propósito, cabe ressaltar que, segundo compreensão firmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em entendimento ao qual adere o *Parquet* federal em seu recurso interno, em se tratando de **acórdão**, a data da sessão do Colegiado em que foi prolatado é que deve ser considerada para fins de interrupção da prescrição, e não a data da sua publicação no Diário da Justiça ou meio de comunicação similar.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. GESTÃO TEMERÁRIA. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO DO PRAZO. DATA DO JULGAMENTO, E NÃO DATA DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. DOLO EVENTUAL. COMPATIBILIDADE COM O DELITO. ALEGAÇÃO DE CULPA E ERRO PROVOCADO POR TERCEIRO. CONTROVÉRSIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO DO ACÓRDÃO. COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL. TEMA EXAMINADO NO JULGAMENTO DO HC n. 100.364/SP. CONVOCAÇÃO DE DESEMBARGADOR PARA COMPOSIÇÃO DE QUÓRUM. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. FIXAÇÃO DA PENA. REDUÇÃO. PATAMAR MANTIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Consoante pacífica jurisprudência desta Corte, a interrupção do prazo prescricional se dá na data da realização da sessão pública de julgamento em que exarado aquele julgado, independentemente de quando se dê sua veiculação no Diário da Justiça ou em meio de comunicação congênere.

[...]

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.113.653/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018; sem grifos no original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. MARCO INTERRUPTIVO. PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO RECORRÍVEL. ART. 109, INCISO IV, DO CP. DATA DA SESSÃO PÚBLICA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE JULGAMENTO.

1. A teor do que dispõe o art. 109, IV c/ o art. 110, §1.º do CP, operando-se o trânsito em julgado para a acusação da sentença ou do acórdão penal condenatório que impõe ao acusado pena definitiva superior a 2 (dois) e não superior a 4 (quatro) anos, é de 8 (oito) anos o prazo prescricional da pretensão punitiva.

2. **Para fins de configuração do marco interruptivo do prazo prescricional, considera-se publicado o acórdão condenatório na data da realização da sessão pública de julgamento em que exarado aquele julgado, independentemente de quando se dê sua veiculação no Diário da Justiça ou meio de comunicação congênere.**

[...]

4. *Ordem denegada.*" (HC 233.594/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 04/08/2014; sem grifos no original.)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. GESTÃO TEMERÁRIA (ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 7.492/1986. CONTINUIDADE DELITIVA. QUESTÃO PREJUDICADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PELO STF. PRESCRIÇÃO. NÃO CONSUMADA. NULIDADES OCORRIDAS NA PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. TEMAS NÃO SUSCITADOS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 356/STF. DOLO E ATOS DE GESTÃO TEMERÁRIA. EXISTÊNCIA. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ANTECEDENTES. PERSONALIDADE. CONDUTA SOCIAL. NEGATIVAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS EM CURSO. DESCABIMENTO. SÚMULA 444/STJ. COMPENSAÇÃO. ELEMENTOS POSITIVOS INERENTES À CONDUTA SOCIAL E À PERSONALIDADE. NÃO UTILIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESVALOR. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

1. **Conforme entendimento majoritário da Sexta Turma, no caso de condenação proferida por Tribunal, a publicidade necessária para o efeito interruptivo da prescrição ocorre na própria sessão de julgamento, e não quando da veiculação do julgado na imprensa oficial, mesmo em processos em segredo de justiça. Ressalva do posicionamento do Relator, que, no ponto, ficou vencido.**

[...]

16. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. Vencido, em parte, o Relator, que acolhia a preliminar de prescrição.*" (REsp 1.352.043/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 28/11/2013; sem grifos no original.)

Sem maiores delongas, é de conhecimento geral que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era firme no sentido de que o acórdão que confirmava a condenação, ainda que modificasse a pena, não constituía novo marco interruptivo da prescrição. Entretanto, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento no *Habeas Corpus* n. 176.473/RR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, firmou tese no sentido de que "[n]os termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumento a pena anteriormente imposta". O acórdão ficou assim ementado:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO PELO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado; prendendo-se à noção de perda do direito de punir por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo.

2. O Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial ou confirmatório da decisão para fins de interrupção da prescrição. O acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal.

3. Habeas Corpus indeferido, com a seguinte TESE: Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta." (Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 27/04/2020, Dje 10/09/2020).

No caso concreto analisado pelo Pretório Excelso, ao prolatar o referido julgado, a discussão era estritamente acerca da interrupção do prazo prescricional pelo acórdão proferido no recurso de apelação, interposto contra sentença condenatória. Não houve debate expresso se eventuais recursos subsequentes, ao serem julgados, v.g., os embargos infringentes, também teriam o mesmo efeito interruptivo do acórdão proferido na apelação.

Contudo, embora não haja afirmação expressa, a partir dos fundamentos do acórdão proferido no *leading case*, ficou implícito que o entendimento que firmado pela Suprema Corte é **no sentido de que toda decisão judicial em grau recursal que não afasta a condenação tem o condão de interromper a prescrição, ainda que proferida em recurso exclusivamente defensivo.**

Destarte, a *ratio decidendi* do julgado foi o de que a prescrição é uma punição ao Estado pela sua inércia e que, havendo pronunciamento do Estado-Juiz, não há falar em inércia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, transcreve-se trecho do voto proferido pelo Relator:

"A prescrição é, como se sabe, o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo.

[...]

No art. 117 do Código Penal – que deve ser interpretado de forma sistemática – todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte. Confirma-se: a decisão da pronúncia interrompe a prescrição (inciso II); a decisão confirmatória da pronúncia também interrompe a prescrição (inciso III); e, na sequência, de forma genérica, o inciso IV apresenta como causa interruptiva 'a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis'.

O Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. E nem seria razoável fazê-lo, pois nessa segunda hipótese – acórdão condenatório confirmatório da decisão de 1ª instância – instado a se manifestar, via Tribunal, a uma reanálise de uma decisão judicial, e, novamente analisando os autos e proferindo decisão, não mais pode falar-se em inércia, em omissão, em 'non facere', ao revés: o Estado agiu, prestou, tempestivamente, a jurisdição, houve um 'facere'.

[...]"

O entendimento de que todas as decisões subsequentes à sentença condenatória e que não afastam a condenação têm efeito interruptivo da prescrição, emerge também do voto proferido pelo eminente Ministro EDSON FACHIN, que aderiu ao entendimento do Relator (sem grifos no original):

"O acórdão confirmatório não deixa de ser considerado acórdão condenatório, na medida em que, ainda que não de maneira originária, exterioriza um comando condenatório proveniente do Poder Judiciário.

Esse cenário, além de afastar possível inércia, revela que o acórdão confirmatório se insere com exatidão nas balizas do art. 117, IV, do Código de Penal, inexistindo, para tanto, na minha óptica, qualquer necessidade de juízo integrativo para suprir lacunas, de modo que não se afigura escorregia alegação no sentido de que compreensão dessa natureza implicaria analogia prejudicial ao acusado.

Até porque, como bem enfatizado no RE 751394, a redação do art. 117, IV, CP, decorre da edição da Lei n. 11.596/07, que teve como foco a explicitação no sentido de que também acórdãos, e não apenas sentenças, poderiam interromper a prescrição.

Nada obstante, não extraio do referido dispositivo cominação que exclua o acórdão confirmatório da regra que direciona no seguinte sentido: decisões condenatórias recorríveis, vale dizer, que contemplem conteúdo condenatório, sejam sentenças, sejam acórdãos, interrompem a prescrição. Não se exige que esse pronunciamento condenatório seja inaugural, de modo que a chancela do mérito de um juízo condenatório anterior, na minha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

percepção, igualmente perfaz a hipótese normativa."

É importante ressaltar, embora pareça óbvio, que somente não haverá efeito interruptivo se a insurgência defensiva for acolhida, por exemplo, para absolver ou declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, pois nessas hipóteses, não há confirmação da condenação.

Estabelecidas as referidas balizas, na situação dos autos, o desprovimento dos embargos infringentes, em 20/10/2016 (fl. 353), e a rejeição dos embargos de declaração, em 20/09/2017 (fl. 388), tiveram o condão de interromper a prescrição. Assim, em relação aos Agravados HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE ARAUJO SANTOS, não se consumou o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, devendo ser afastada a declaração de extinção da punibilidade efetivada na decisão agravada.

Contudo, no tocante ao Agravado REYNALDO MULLER DE SOUZA VIANA, é de ser confirmada a decisão que decretou a extinção da punibilidade e julgou prejudicado o recurso especial, apenas em relação ao referido Acusado. Com efeito, segundo expressamente reconhecido na sentença (fl. 233), o referido Agravado era menor de 21 (vinte e um) anos na data dos fatos, motivo pelo qual o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, em relação a ele, é reduzido pela metade (art. 115 do Código Penal). Assim, a prescrição em relação a ele se consumou, pois transcorrido lapso superior a 2 (dois) anos desde a publicação, em sessão de julgamento, do acórdão que rejeitou os embargos de declaração, em 20/09/2017 (fls. 388).

Assim, prossegue-se na análise do recurso especial defensivo, no tocante aos Agravados HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE ARAUJO SANTOS.

Como visto, HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE ARAUJO SANTOS foram condenados, em primeiro grau, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incursos no art. 33, *caput*, e § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 (2,52g de cocaína e 70,11g de maconha). O Tribunal manteve a condenação, por maioria, sendo que o voto-vencido absolvía os Agravados (fls. 291-316). Os embargos infringentes foram desprovidos (fls. 350-359). Na sequência, rejeitou-se os embargos de declaração defensivos (fls. 388-395).

No recurso especial, alegou-se a negativa de vigência ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006; aos arts. 33, § 2.º, alíneas *b* e *c*, 44 e 59, do Código Penal; ao art. 489, § 1.º, incisos I, III e VI, do Código de Processo Civil; e aos arts. 5.º, 8.º, 41, inciso XII e 92, parágrafo único, da Lei de Execução Penal. Sustentou-se não haver fundamentação idônea para a fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado, bem assim no tocante ao indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Passo à análise do apelo nobre.

Embora apontada ofensa aos arts. 5.º, 8.º, 41, inciso XII, e 92, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, não houve desenvolvimento de tese a respeito dos dispositivos, motivo pelo qual está ausente a delimitação da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

No mais, a insurgência defensiva comporta acolhida.

O Juízo de primeiro grau impôs o regime fechado porque se cuidaria "*de crime assemelhado aos hediondos*" (fl. 234). O Tribunal, no julgamento da apelação, por sua vez, manteve o regime mais severo e indeferiu a substituição, a partir dos seguintes fundamentos (fls. 308-309):

"[...] é incogitável a alteração do regime inicial imposto, qual seja o fechado. Consigne-se que a concessão de regime inicial diverso desvitaliza a eficácia intimidante da pena, incentivando a prática do tráfico.

No que diz respeito à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, apesar da recente Resolução nº 5 editada pelo Senado Federal, através da qual ficou suspensa a expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a mesma não seria possível no presente caso, pelas circunstâncias do caso concreto, pois não se mostra medida suficiente e adequada.

Os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas, que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas consequências de seus atos. O que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (art. 44, III do Código Penal).

Os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal são cumulativos, devendo estar integralmente presentes para que seja concedida a substituição.

Dessa forma, ante a não observância dos requisitos cumulativos dispostos no artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena é inadmissível."

Quanto ao **regime inicial** de cumprimento de pena, pondero, preliminarmente que, em 27/06/2012, o Tribunal Pleno da Corte Suprema, ao julgar o HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990 (redação dada pela Lei n. 11.464/2007) e afastou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obrigatoriedade de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime (fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias e que não é adequada, pois o delito de tráfico privilegiado não é equiparado a hediondo), deve o Julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na espécie, considerando as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria, que estabeleceu pena inferior a 4 anos de reclusão (1 ano e 8 meses), **bem como a inexistência de grande quantidade de droga apreendida**, o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o **aberto**.

Diante da fundamentação já utilizada para fixar o regime inicial aberto e, considerando que a Suprema Corte, nos autos do HC n. 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e, também, no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, resultando na edição da Resolução n. 5/2012 do Senado, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, é forçoso reconhecer a **possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos**.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO EM 2/3. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS NÃO CONSIDERÁVEL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

5. Assim, tratando-se de réu primário, com pena-base fixada no mínimo, a apreensão de quantidade não considerável de entorpecentes não constitui elemento apto a justificar a imposição do regime prisional mais severo ou o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 429.786/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018; sem grifos no original.)

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo regimental do Ministério Público Federal para afastar o reconhecimento da extinção da punibilidade tão-somente em relação aos Agravados HERLANIO PEREIRA LOPES e MARCIO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ARAUJO SANTOS, porém CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial por eles interposto e, nessa extensão, DOU-LHE PROVIMENTO a fim de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0155792-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no Resp 1.816.288 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00249619820138260050 249619820138260050 564/2013 5642013

EM MESA

JULGADO: 22/09/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **HERLANIO PEREIRA LOPES (PRESO)**
RECORRENTE : **MARCIO DE ARAUJO SANTOS**
RECORRENTE : **REYNALDO MULLER DE SOUZA VIANA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
 DANIEL MOBLEY GRILLO - DEFENSOR PÚBLICO
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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **HERLANIO PEREIRA LOPES (PRESO)**
AGRAVADO : **MARCIO DE ARAUJO SANTOS**
AGRAVADO : **REYNALDO MULLER DE SOUZA VIANA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
 DANIEL MOBLEY GRILLO - DEFENSOR PÚBLICO
INTERES. : **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 parcial provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal para afastar o reconhecimento da extinção da punibilidade tão-somente em relação aos agravados **HERLANIO PEREIRA LOPES** e **MARCIO DE ARAUJO SANTOS** e conheceu parcialmente do recurso especial por eles interposto e, nessa extensão, deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.