



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.590 - SP (2014/0343256-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **EVERSON LEMOS JORGE**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA DEDICAÇÃO DO ORA AGRAVADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO EM 2/3. POSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem reiterados julgados de que a reavaliação jurídica dos fatos incontroversos descritos no acórdão recorrido não afronta o entendimento contido na Súmula 7 desta Corte, segundo o qual é vedado o reexame da matéria fático-probatória dos autos (Precedentes).

2. Verificado o preenchimento dos requisitos legais do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e não sendo significativa a quantidade de entorpecente apreendido, único fundamento utilizado para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, o ora agravado deve ser beneficiado com a diminuição da pena em sua totalidade.

3. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos, verificada a primariedade do agente e a valoração favorável das circunstâncias judiciais, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

4. Aplicada ao ora agravado a pena de 1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão e considerada a menoridade relativa do réu, o transcurso de mais de dois anos desde a data da publicação do acórdão condenatório, e não havendo outro marco interruptivo, deve ser declarada extinta a punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva.

5. Agravo regimental não provido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para declarar extinta a punibilidade do ora agravado pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 12 de setembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.590 - SP (2014/0343256-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **EVERSON LEMOS JORGE**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra decisão, de minha lavra, na qual provi, em parte, o recurso da defesa para "aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, resultando a pena final do [ora agravado] em 1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão mais pagamento de 111 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva e determinar a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução penal".

O agravante sustenta que a decisão impugnada ao concluir que o ora agravado não integra organização criminosa violou a Súmula 7/STJ. Alega que a quantidade de droga apreendida é elemento apto a revelar a dedicação do agente em atividades criminosas. Afirma, por fim, que as circunstâncias do cometimento do delito "indicam não ser socialmente recomendável a fixação do regime aberto ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" (e-STJ, fl. 307).

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito à Quinta Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.590 - SP (2014/0343256-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **EVERSON LEMOS JORGE**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA DEDICAÇÃO DO ORA AGRAVADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO EM 2/3. POSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem reiterados julgados de que a reavaliação jurídica dos fatos incontroversos descritos no acórdão recorrido não afronta o entendimento contido na Súmula 7 desta Corte, segundo o qual é vedado o reexame da matéria fático-probatória dos autos (Precedentes).

2. Verificado o preenchimento dos requisitos legais do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e não sendo significativa a quantidade de entorpecente apreendido, único fundamento utilizado para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, o ora agravado deve ser beneficiado com a diminuição da pena em sua totalidade.

3. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 anos, verificada a primariedade do agente e a valoração favorável das circunstâncias judiciais, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

4. Aplicada ao ora agravado a pena de 1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão e considerada a menoridade relativa do réu, o transcurso de mais de dois anos desde a data da publicação do acórdão condenatório, e não havendo outro marco interruptivo, deve ser declarada extinta a punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva.

5. Agravo regimental não provido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para declarar extinta a punibilidade do ora agravado pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O inconformismo do agravante não merece prosperar, pois a decisão agravada, a seguir transcrita, está em consonância com a jurisprudência desta Corte e deve ser mantida por seus próprios fundamentos:

"[...]

Quanto à alegada contrariedade ao art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal de origem assim consignou:

E não há como se aplicar aqui a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Isto porque, nada obstante tenha a novel legislação anti-drogas (Lei nº 11.343, 23.ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), não é o caso de aqui considerá-la mais benéfica e em favor do acusado ("lex mitior"), porque meramente facultativa a situação ("...as penas poderão ser reduzidas..." g.do a.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, mais aqui, evidentemente, face à quantidade e a variedade de entorpecentes encontrados, levando a crer que aquele já vinha desenvolvendo a atividade ilícita há algum tempo.

O que denota habitualidade constante e reiterada, a revelar que o réu não pode ser tratado igualmente a outros. (e-STJ, fls.187/188).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, 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 ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Segundo se infere, a referida minorante não foi aplicada em benefício do recorrente, tendo como fundamento, unicamente, a quantidade de droga apreendida.

Entretanto, trata-se, na espécie, da apreensão de 41,54 g de maconha e 6,25 g de *crack*, o que por si só, não induz a habitualidade delitiva do agente no tráfico de entorpecentes. Desse modo, à míngua de elementos concretos que comprovem sua dedicação em atividades criminosas, e uma vez verificada sua primariedade e os bons antecedentes, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada em 2/3.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, DA LEI Nº 11.343/06 COM BASE NA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS. PECULIARIDADES DO CASO. PEQUENA QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTES APREENDIDA. PRIMARIEDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO LEGAL.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (precedentes) -, ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

II - In casu, a quantidade de drogas apreendidas (8 gramas de cocaína e 4 pedras - 1,7 gramas - de *crack*), por si só, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da fração máxima da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o agravante dedicar-se-ia à atividade do tráfico.

III - Assim, tendo em vista que o agravante é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 2/3 (dois terços).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao agravante, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Agravo regimental provido para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo a quo examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

(AgRg no REsp 1.635.522/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 17/05/2017).

Passo, assim, à readequação da dosimetria.

Mantidos os demais critérios de individualização da pena utilizados pelo Tribunal de origem, na primeira fase, a pena se inicia em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes causas modificativas, o *quantum* da reprimenda permanece inalterado. Por fim, reduzo-a na fração de 2/3, em razão da aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixando-a em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Tendo em vista, ainda, o reconhecimento da imputabilidade diminuída e a fração de redução de 1/3 determinada pelo Tribunal de origem, a pena definitiva fica no patamar de **1 ano, 1 mês e 10 dias e 111 dias-multa**.

Quanto aos demais pleitos, também assiste razão à defesa.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Outrossim, vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito, tendo sido, inclusive, tal proibição suprimida do texto legal por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Não há, desse modo, qualquer óbice à concessão da referida benesse aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

In casu, o regime mais gravoso (fechado) e o indeferimento da substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito têm como base mera fundamentação *ope legis*, decorrente de normas já declaradas inconstitucionais, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Tendo em vista o *quantum* da sanção aplicada (1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão) e a análise favorável das circunstâncias judiciais, o recorrente deve iniciar o cumprimento da pena reclusiva no modo aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE ULTRAPASSADOS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 APLICADA NO PERCENTUAL MÁXIMO. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior pode realizar o juízo de admissibilidade de forma implícita, sem necessidade de exposição de motivos, onde o exame de mérito recursal já traduz o entendimento de que foram atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade, inexistindo necessidade de pronunciamento explícito pelo julgador a esse respeito. (REsp 1119820/PI, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 19/12/2014) 2. O agravado foi absolvido da prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Em sede de apelação o Tribunal de origem reformou a sentença e condenou o recorrido à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, com base na gravidade abstrata do delito.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Adequado o regime aberto considerando-se a ausência de circunstâncias judiciais negativas e a incidência da fração máxima da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 929.999/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 APLICADA NO PERCENTUAL MÁXIMO. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O agravado foi condenado à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do delito de tráfico de drogas. Posteriormente, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo Ministerial para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o fechado com base na gravidade abstrata do delito.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.

3. Adequado o regime aberto considerando-se a ausência de circunstâncias judiciais negativas e a incidência da fração máxima da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 922.135/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016).

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e valoração favorável das circunstâncias judiciais), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo de Execução.

Cito, a propósito, o seguinte precedente:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRAFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE.

1. No presente caso, estabelecida a pena definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, verificada a primariedade do agente, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e não sendo excessiva a quantidade de drogas apreendidas com o recorrente (17,1g de cocaína e 21,3g de maconha), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a possibilidade da execução provisória da pena, tratou apenas da execução provisória da pena em caso de pena privativa de liberdade, não autorizando para as penas restritivas de direito.

3. Agravo regimental não provido."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no REsp 1622395/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016).

À vista do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II e III, do RISTJ, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa parte, **dou-lhe provimento** a fim de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, resultando a pena final do recorrente em 1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão mais pagamento de 111 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva e determinar a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução penal.

A despeito da jurisprudência desta Corte já ter se manifestado que a habitualidade delitiva do agente pode ser inferida da expressiva e variada quantidade de entorpecentes apreendidos, essa não é a hipótese dos autos. Não sendo significativo o *quantum* de droga localizado com o réu, e verificado o preenchimento dos demais requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como posto na decisão recorrida, é de rigor a aplicação da minorante em sua totalidade.

Vale lembrar, ademais, que a reavaliação jurídica dos fatos incontroversos descritos no acórdão recorrido é perfeitamente possível, segundo entendimento reiterado desta Corte, e não se confunde com o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. Certo é que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possuem o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Essa, aliás, é a essência do princípio da presunção de não culpabilidade. Contudo, não há óbice a que processos em andamento ou mesmo condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possam, à luz das peculiaridades do concreto concreto, ser considerados elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, como no caso, a dedicação do acusado a atividades criminosas, notadamente quando verificado que as anotações anteriores também são relativas ao crime de tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. O registro de feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa.

4. Importante a observação de que não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

5. É possível que o julgador que, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, possa livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo - inclusive os depoimentos de testemunhas ou mesmo a confissão do acusado - para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas.

6. A conclusão pela inviabilidade de reconhecimento da referida minorante não demanda, na espécie, o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada às anotações constantes na folha de antecedentes penais do acusado.

7. Em razão das peculiaridades do caso - sanção superior a 4 anos e inferior a 8 anos, existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (tanto que a pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal) e de elementos que evidenciam que o acusado se dedica a atividades criminosas (no caso, ao narcotráfico) -, deveria ser fixado o regime inicial fechado de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Contudo, uma vez que o Ministério Público, nas razões do recurso especial, pleiteou expressamente a imposição do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena - pedido novamente reiterado no agravo regimental -, deve ser esse o regime estabelecido ao acusado.

8. Mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, seja em razão da ausência de preenchimento do requisito objetivo (reprimenda superior a 4 anos de reclusão), seja pelo não preenchimento do requisito subjetivo (existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e de elementos que evidenciam a dedicação do agente a atividades criminosas, a evidenciar que a medida não se mostra, no caso, suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal).

9. Agravo regimental provido para: a) afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, elevar a reprimenda do acusado para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa; b) fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena; c) afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos." (AgRg no AREsp 938.492/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/9/2016, DJe 6/10/2016);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA PENAL. REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NESTA CORTE SUPERIOR. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. NÃO CARACTERIZADA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. CONSULTA PROCESSUAL EXTRAÍDA DA INTERNET. VALIDADE. REEXAME DE PROVAS. DESNECESSÁRIO. REVALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Não há maltrato ao princípio da colegialidade, pois, consoante disposições do Código de Processo Civil e do Regimento Interno desta Corte, o relator deve fazer um estudo prévio da viabilidade do agravo em recurso especial, além de analisar se a tese encontra plausibilidade jurídica, uma vez que a parte possui mecanismos processuais de submeter a controvérsia ao colegiado por meio do competente agravo regimental. Ademais, o julgamento colegiado do recurso pelo órgão competente supera eventual mácula da decisão monocrática do relator.

2. A decisão agravada não reflete reexame ou revolvimento do conjunto fático-probatório construído nos autos, mas sim hipótese de reavaliação de prova admitida e expressamente referida no voto condutor do acórdão recorrido. Não há ofensa à Súmula 7/STJ.

3. O fundamento do decisum está apoiado na orientação jurisprudencial desta Corte Superior, que admite o uso de informações processuais extraídas dos sítios eletrônicos dos tribunais, quando completas, a fim de demonstrar a reincidência da parte ré, sendo descabido o entendimento de que apenas a certidão cartorária tem condição de demonstrar a referida circunstância agravante. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 693.175/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/6/2016, DJe 22/6/2016);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INC. V, DA LEI N. 11.343/2006. DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DA FRONTEIRA. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. VALORAÇÃO DE PROVAS.

I - A aplicação da causa de aumento do art. 40, V, da Lei n. 11.343/06 prescinde da efetiva transposição da fronteira interestadual, sendo suficiente a constatação de que a droga tinha como destino outro Estado.

II - Os recorridos transportavam 165,61 (cento e sessenta e cinco quilos e sessenta e um gramas) de maconha de Campo Grande/MS para Porto Velho, impondo-se o restabelecimento da referida majorante.

III - Os elementos constantes nos autos dispensam o revolvimento do material fático-probatório, afastando a incidência da Súmula 7/STJ.

Necessária, apenas, a reavaliação dos fatos exaustivamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descritos.

IV - Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.575.570/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 1º/6/2016.)

Por sua vez, constatada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, impõe-se a concessão da ordem, de ofício.

O art. 110, § 1º, do Código Penal determina que "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa".

Na espécie, ao ora agravado foi aplicada a pena de 1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão, pela prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Considerada sua menoridade (e-STJ, fl. 30), a prescrição da pretensão punitiva ocorre em metade, no caso, 2 anos (art. 109, V, c/c art. 115 do CP).

Transcorridos mais de 4 anos desde a data da publicação do **acórdão condenatório** (15/8/2013– e-STJ fl. 191) e não havendo outra causa interruptiva da prescrição, deve ser declarada extinta a punibilidade do ora agravado.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental e com fundamento no art. 110, § 1º, c/c art. 109, V, do Código Penal, concedo *habeas corpus*, **de ofício**, para declarar extinta a punibilidade do ora agravado EVERSON LEMOS JORGE, na Ação Penal n. 298/12.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0343256-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.503.590 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 298/2012 2982012 RI001RGIY0000

PAUTA: 12/09/2017

JULGADO: 12/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EVERSON LEMOS JORGE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EVERSON LEMOS JORGE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.