



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 809833 - SP (2023/0088573-0)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : HENRIQUE BATISTA (PRESO)
ADVOGADA : SANDRA BENTO FERNANDES CAMARGO - SP260450
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. *WRIT* SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO (PRIVILEGIADO) DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO.

1. Embargos declaratórios com nítidos intuitos infringentes devem ser recebidos como agravo regimental, em observância ao princípio da fungibilidade recursal.

2. "O trânsito em julgado do acórdão que julga a apelação criminal, sem que haja a inauguração da competência deste Sodalício, torna incognoscível o pedido de *habeas corpus*, impetrado nesta Corte Superior de Justiça, como substitutivo de revisão criminal - o que não impede a concessão da ordem de ofício, se presente flagrante ilegalidade, conforme preceitua o art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal' (HC n. 711.514/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/9/2022, DJe de 27/9/2022, grifei)." (AgRg no HC n. 800.715/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 29/2/2024).

3. *In casu*, flagrante a ilegalidade auferida, pois "o Tribunal local afirmou que o acusado se dedica a atividades criminosas, sem, contudo, apresentar elementos probatórios fáticos nesse sentido, sobretudo diante da primariedade e dos bons antecedentes do réu e da afirmação exposta na sentença, 'não há provas de que [o réu] se dedique à atividades criminosas ou integre organização criminosa'".

4. *Habeas corpus* concedido para fixar a pena do agravado em 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime aberto, e 133 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução.

5. Recebo os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, receberos embargos de declaração como agravo regimental, ao qual negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de agosto de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 809833 - SP (2023/0088573-0)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : HENRIQUE BATISTA (PRESO)
ADVOGADA : SANDRA BENTO FERNANDES CAMARGO - SP260450
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. *WRIT* SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO (PRIVILEGIADO) DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO.

1. Embargos declaratórios com nítidos intuitos infringentes devem ser recebidos como agravo regimental, em observância ao princípio da fungibilidade recursal.

2. "O trânsito em julgado do acórdão que julga a apelação criminal, sem que haja a inauguração da competência deste Sodalício, torna incognoscível o pedido de *habeas corpus*, impetrado nesta Corte Superior de Justiça, como substitutivo de revisão criminal - o que não impede a concessão da ordem de ofício, se presente flagrante ilegalidade, conforme preceitua o art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal' (HC n. 711.514/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/9/2022, DJe de 27/9/2022, grifei)." (AgRg no HC n. 800.715/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 29/2/2024).

3. *In casu*, flagrante a ilegalidade auferida, pois "o Tribunal local afirmou que o acusado se dedica a atividades criminosas, sem, contudo, apresentar elementos probatórios fáticos nesse sentido, sobretudo diante da primariedade e dos bons antecedentes do réu e da afirmação exposta na sentença, 'não há provas de que [o réu] se dedique à atividades criminosas ou integre organização criminosa'".

4. *Habeas corpus* concedido para fixar a pena do agravado em 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime aberto, e 133 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução.

5. Recebo os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra decisão que concedeu "o *habeas corpus* para fixar a pena de HENRIQUE BATISTA em 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime aberto, além do pagamento de 133 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução (Processo n. 0001148-78.2018.8.26.0628 - Vara Criminal de Cotia/SP)" (fl. 71).

Aponta o embargante omissão no julgado, pois "a decisão embargada deixou de se pronunciar sobre aspecto relevante e prejudicial à análise de mérito, consistente no fato de que a impetração de *habeas corpus* para atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, já transitado em julgado, contra o qual seria cabível a interposição de revisão criminal, configura inadequação da via eleita, e é circunstância que impede o seu conhecimento" (fl. 78), pugnando, ao final, pelo acolhimento dos embargos com efeitos infringentes.

É o relatório.

VOTO

Diante da interposição dentro do prazo recursal e preenchidos seus requisitos, recebo os presentes embargos como agravo regimental, aplicando-se o princípio da fungibilidade.

No caso, concedeu-se o *habeas corpus* impetrado, em razão da flagrante ilegalidade constatada, extraíndo-se da decisão agravada (fls. 70-71):

[...] No que se refere ao redutor, consta da sentença (fl. 22):

[...] Na terceira fase, atento para os ensinamentos da Súmula 444, do C. STJ, verifico presente a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois o acusado pode ser considerado primário e não ostentador de maus antecedentes. **Além disso, não há provas de que se dedique à atividades criminosas ou integre organização criminosa.** Efetuo a diminuição em 2/3 em consonância com seus bons antecedentes, em um juízo de proporcionalidade.[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, afastou o privilégio aos seguintes fundamentos (fl. 30):

[...] *In casu*, **apesar do réu ser primário e de não ostentar maus antecedentes**, é imperioso considerar-se que foi surpreendido com enorme quantidade e diversidade de drogas, bem como anotações do tráfico de drogas.

Desse modo ficou comprovado que o acusado se dedica às atividades criminosas, tendo, inclusive, admitido em seu interrogatório judicial que recebia dinheiro para armazenar as drogas, o que denota não ser traficante eventual.

Diante da incompatibilidade dos requisitos para a aplicação do redutor com as circunstâncias acima expostas, resta impossível aplicar a almejada causa de diminuição.

Afastado o privilégio, a pena se torna definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.[...]

Nos termos da jurisprudência, "[p]ara a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante" (AgRg no HC n. 797.753/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023).

Assim, para o afastamento do benefício é necessária a existência de provas a indicar circunstâncias fáticas e idôneas que evidenciem a dedicação do agente a atividades criminosas, o que, *in casu*, não ocorreu.

Na espécie, além de se tratar de quantidade não excessiva de drogas - 69g de *crack*, 162g de cocaína e 2.126g de maconha (fl. 26) -, a despeito da variedade, o Tribunal local afirmou que o acusado se dedica a atividades criminosas, sem, contudo, apresentar elementos probatórios fáticos nesse sentido, sobretudo diante da primariedade e dos bons antecedentes do réu (fls. 28-29) e da afirmação exposta na sentença, "não há provas de que [o réu] se dedique à atividades criminosas ou integre organização criminosa".

Nesses moldes, deve ser restabelecida a sanção arbitrada na sentença (fls. 21-23). Contudo, considerando-se as condições objetivas e subjetivas do réu, sobretudo bons antecedentes e primariedade, fixa-se o regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "c", e 44 do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar a pena de HENRIQUE BATISTA em 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime aberto, além do pagamento de 133 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução (Processo n. 0001148-78.2018.8.26.0628 - Vara Criminal de Cotia/SP).[...]

Logo, flagrante a ilegalidade auferida, pois "o Tribunal local afirmou que o acusado se dedica a atividades criminosas, sem, contudo, apresentar elementos probatórios fáticos nesse sentido, sobretudo diante da primariedade e dos bons antecedentes do réu (fls. 28-29) e da afirmação exposta na sentença, 'não há provas de que [o réu] se dedique à atividades criminosas ou integre organização criminosa'", correta a decisão atacada. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. "O afastamento da minorante do tráfico privilegiado, pela dedicação às atividades criminosas exige a indicação de elementos concretos" (AgRg no REsp n. 1.953.442/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 4/10/2021). No caso dos autos, as instâncias ordinárias deduziram fundamentação genérica, que diz respeito aos próprios elementos do tipo penal do tráfico de drogas, insuficiente para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mormente se considerado o fato de se tratar de réu primário e sem antecedentes criminais.

3. "O trânsito em julgado do acórdão que julga a apelação criminal, sem que haja a inauguração da competência deste Sodalício, torna incognoscível o pedido de *habeas corpus*, impetrado nesta Corte Superior de Justiça, como substitutivo de revisão criminal - o que não impede a concessão da ordem de ofício, se presente flagrante ilegalidade, conforme preceitua o art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal" (HC n. 711.514/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/9/2022, DJe de 27/9/2022, grifei).

4. Agravo regimental ministerial desprovido. (AgRg no HC n. 800.715/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 29/2/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE AUTORIZA A CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILEGIADORA. QUANTIDADE DE DROGAS TIDA POR INEXPRESSIVA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO PARA A NEGATIVA DO BENEFÍCIO.

1. Ocorrendo o trânsito em julgado da condenação junto à instância ordinária, é indevida a impetração de *habeas corpus* diretamente no STJ. Contudo, é possível a concessão da ordem, ainda que de ofício, em casos de flagrante ilegalidade.

2. A apreensão de quantidade de entorpecentes tida por inexpressiva não justifica o afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Inquéritos policiais e/ou ações penais sem trânsito em julgado não obstam a incidência da minorante do tráfico privilegiado, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 844.416/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023.)

Ante o exposto, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0088573-0

PROCESSO ELETRÔNICO

EDcl no
HC 809.833 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011487820188260628 11487820188260628

EM MESA

JULGADO: 06/08/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SANDRA BENTO FERNANDES CAMARGO
ADVOGADA : SANDRA BENTO FERNANDES CAMARGO - SP260450
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE BATISTA (PRESO)
INTERES. : 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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : HENRIQUE BATISTA (PRESO)
ADVOGADA : SANDRA BENTO FERNANDES CAMARGO - SP260450
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.