SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 853760 - ES (2023/0329560-0)

RELATOR	:	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	ANDRE DA SILVA DIAS (PRESO)
PACIENTE	:	ROGERIO DE OLIVEIRA FERREIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA, PARA OITIVA EM JUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA NÃO ARGUIDA EM MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA DESDE A ADOLESCÊNCIA. ATOS INFRACIONAIS PRETÉRITOS. PRECEDENTES. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO NO CONTEXTO DA TRAFICÂNCIA QUE AUTORIZA O AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.

Ordem denegada.

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 08/05/2025 a 14/05/2025, por unanimidade, denegar o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 18 de maio de 2025.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

Documento eletrônico VDA47535022 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SEBASTIÃO REIS JUNIOR Assinado em: 18/05/2025 15:31:26
Publicação no DJEN/CNJ de 21/05/2025. Código de Controle do Documento: 657c3ac5-d887-4430-b622-64b304d482c4

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 853760 - ES (2023/0329560-0)

RELATOR	:	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	ANDRE DA SILVA DIAS (PRESO)
PACIENTE	:	ROGERIO DE OLIVEIRA FERREIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA, PARA OITIVA EM JUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA NÃO ARGUIDA EM MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA DESDE A ADOLESCÊNCIA. ATOS INFRACIONAIS PRETÉRITOS. PRECEDENTES. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO NO CONTEXTO DA TRAFICÂNCIA QUE AUTORIZA O AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.
Ordem denegada.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Andre da Silva Dias** e **Rogerio de Oliveira Ferreira** – condenados, respectivamente, às penas de 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 642 dias-multa, e de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 817 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas majorado –, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO (Apelação Criminal n. 0006360-12.2021.8.08.0035).

Busca a impetração o reconhecimento da nulidade da instrução processual, ao argumento de que houve cerceamento à defesa dos pacientes, na medida em que

Documento eletrônico VDA46636717 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SEBASTIÃO REIS JUNIOR Assinado em: 04/04/2025 06:05:06
Código de Controle do Documento: fddaf0a2-14e0-485b-8ffe-2ca97cb4bdb9

as testemunhas arroladas por Rogerio, por ocasião da apresentação da defesa prévia, não foram intimadas pela secretaria do juízo de origem, de forma que durante a audiência de instrução foram ouvidas apenas as testemunhas de acusação.

Requer, ainda, a aplicação do benefício do tráfico privilegiado ao paciente Andre, em seu grau máximo, sob o fundamento de que o paciente preenche todos os requisitos exigidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e que o fato de ele possuir registros pela prática de atos infracionais não é suficiente para afastar a benesse, já que *o histórico infracional do paciente está absolutamente desatrelado do contexto da traficância, não sendo razoável deduzir qualquer correlação dos atos infracionais com o comércio ilícito de entorpecentes* (fl. 9).

Liminar indeferida às fls. 68/70.

Informações prestadas às fls. 77/87.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou pela respectiva denegação (fls. 92/99).

É o relatório.

VOTO

De início, verifica-se que a impetração não prospera, visto que esta Corte já assentou posicionamento no sentido de que *o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (*AgRg no HC n. 779.155/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 27/2/2023).

Afora isso, inexiste ilegalidade flagrante que justifique a concessão de *habeas corpus* e a consequente superação do óbice constatado.

Isso porque o Tribunal de origem afastou a alegação de cerceamento à defesa dos pacientes, pela ausência de intimação das testemunhas arroladas na defesa prévia, mediante os seguintes argumentos (fl.21):

> […] No entanto, o juízo de primeiro grau não determinou a expedição dos mandados de intimação de referidas testemunhas, razão pela qual, quando da realização da audiência de instrução e julgamento, somente foram ouvidas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público e, na sequência, sem oposição do advogado constituído por André da Silva Dias e da advogada nomeada para patrocinar a defesa de Rogério de Oliveira Ferreira, foram os réus interrogados.
>
> Muito embora esteja evidente a falha da Secretaria do juízo ao não determinar a intimação das testemunhas arroladas, é importante pontuar que o artigo 571, inciso II, do CPC estabelece que as nulidades da instrução devem ser arguidas, como preliminar, até as alegações finais, sob pena de preclusão […]

Documento eletrônico VDA46636717 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SEBASTIÃO REIS JUNIOR Assinado em: 04/04/2025 06:05:06
Código de Controle do Documento: fddaf0a2-14e0-485b-8ffe-2ca97cb4bdb9

> Assim, à míngua de impugnação oportuna, a irregularidade está alcançada pela preclusão. [...]

Observa-se que o entendimento adotado pelo Tribunal *a quo* está em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, *de acordo com o artigo 571, inciso II, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas no decorrer da ação penal devem ser arguidas até as alegações finais, sob pena de preclusão* (AgRg no HC n. 544.986/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 28/11/2019).

Na hipótese, como a defesa dos pacientes trouxe a insurgência ora em debate tão somente em suas razões de apelação, não resta dúvidas que se encontra precluso o direito das partes em questionar a matéria.

Com similar conclusão: AgRg no HC n. 787.542/PE, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 14/9/2023.

E, ainda que assim não fosse, denota-se que a defesa não cuidou em demonstrar a existência do efetivo prejuízo suportado pelos pacientes, tampouco indicou em que medida a renovação do ato poderia beneficiá-los e alterar o resultado da causa, o que impede o pretendido reconhecimento da nulidade (HC n. 119.372/SP, Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 2/2/2016).

Vale ressaltar que *esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que eventual alegação de nulidade, ainda que absoluta, deve vir acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo à parte, o qual não pode ser presumido em razão apenas da prolação de sentença condenatória* (AgRg no RHC n. 191.804/BA, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 12/9/2024).

Do mesmo modo, quanto ao pleito de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, verifica-se que o Tribunal *a quo*, ao afastar a incidência do redutor do tráfico privilegiado, considerou que *os múltiplos atos infracionais constituem base fática idônea para a comprovação da dedicação a atividades criminosas* (fl. 26).

Por sinal, o Juízo de origem já havia consignado na sentença que o paciente possui registros pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes (fl. 35), o que vai de encontro à tese defensiva de que o histórico infracional *está absolutamente desatrelado do contexto da traficância* (fl. 9).

Assim, denota-se que a fundamentação adotada pelas instâncias ordinárias está em conformidade ao entendimento consolidado por esta Corte no sentido que *quando demonstrada correlação fática e temporal entre o ato infracional e o crime de tráfico de drogas será possível de utilização dos registros da justiça da infância e*

Documento eletrônico VDA46636717 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SEBASTIÃO REIS JUNIOR Assinado em: 04/04/2025 06:05:06
Código de Controle do Documento: fddaf0a2-14e0-485b-8ffe-2ca97cb4bdb9

juventude para afastar a aplicação do tráfico privilegiado (AgRg no HC n. 911.430/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 25/11/2024).

Acrescente-se, ainda, que o feito não se encontra devidamente instruído com *cópia da certidão do histórico dos atos infracionais praticados pelo paciente, o que inviabiliza a análise das datas dos atos e da gravidade deles, que justifiquem idoneamente o afastamento da causa de diminuição especial da pena. Contudo, deve-se considerar legítima a decisão da Corte estadual ao indicar que há um extenso histórico infracional, e que esse histórico é grave, pois essa instância é que deve reexaminar fatos e provas* (HC n. 660.874/SC, Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO, Sexta Turma, DJe 28/10/2021).

Por fim, consigna-se que, além de estarem com os entorpecentes, os pacientes foram presos na posse de arma de fogo, o que, por si só, já seria suficiente para afastar o benefício do tráfico privilegiado (AgRg no HC n. 918.786/MG, Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, DJe 30/8/2024).

Em face do exposto, **denego** a ordem.

Documento eletrônico VDA46636717 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SEBASTIÃO REIS JUNIOR Assinado em: 04/04/2025 06:05:06
Código de Controle do Documento: fddaf0a2-14e0-485b-8ffe-2ca97cb4bdb9

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

HC 853.760 / ES

Número Registro: 2023/0329560-0

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número de Origem:
00063601220218080035 63601220218080035

Sessão Virtual de 08/05/2025 a 14/05/2025

Relator

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. ARTHUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	ANDRE DA SILVA DIAS (PRESO)
PACIENTE	:	ROGERIO DE OLIVEIRA FERREIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - 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 08/05/2025 a 14/05/2025, por unanimidade, decidiu denegar o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA47457457 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 15/05/2025 00:26:45
Código de Controle do Documento: 23db0c30-20fe-40c6-8daa-a9115768229a

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

Brasília, 14 de maio de 2025

Documento eletrônico VDA47457457 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 15/05/2025 00:26:45
Código de Controle do Documento: 23db0c30-20fe-40c6-8daa-a9115768229a