



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 871065 - SP (2023/0422696-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : ELIEZER RODRIGO FRANCISCO
ADVOGADOS : GIORDANO ROBERTO DO AMARAL REGINATTO - DEFENSOR PÚBLICO - SP189249
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O ART. 37, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. *EMENDATIO LIBELLI*. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível que o relator negue seguimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que se configure ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado, diante da possibilidade de interposição de agravo regimental.
2. Como cediço, o acusado se defende dos fatos a ele imputados e não da qualificação jurídica definida na denúncia, a qual poderá ser revista pelo órgão julgador em sede de apelação (*emendatio libelli*), desde que não haja alteração da narrativa fática dada pelo órgão acusador, nos termos do art. 383 c.c o art. 617, ambos do Código de Processo Penal, sendo despicienda a abertura de prazo para aditamento.
3. Hipótese em que a Corte de origem desclassificou validamente a conduta do acusado para o art. 37, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois, embora ausentes provas relativas à prática do comércio espúrio, há elementos suficientes que comprovam a sua atuação como "olheiro" do tráfico de drogas praticado por sua sobrinha, alertando-a acerca da aproximação da polícia.
4. Embora o Ministério Público, na denúncia, tenha imputado ao paciente crime diverso, a peça acusatória demonstrou que dava "cobertura à adolescente" responsável pela venda dos entorpecentes, de modo que o acusado se defendeu dos fatos que lhe foram atribuídos, incidindo, na hipótese, o art. 313 do Código de Processo Penal.
5. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP,

tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

6. O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, julgando embargos de declaração no RE 593.818/SC, rel. Min. Roberto Barroso, atualizou a tese do Tema 150, registrando-a da seguinte forma: "Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal."

7. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em 1/6 acima do mínimo legal com fundamento nos maus antecedentes do paciente, diante do registro de condenação definitiva anterior extinta há mais de 5 anos do cometimento do delito em apreço, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito do art. 37 da Lei de Drogas (2 a 6 anos de reclusão).

8. Estabelecida a sanção em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o modo semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena reclusivo, sendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ser o réu portador de maus antecedentes, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, I, do Código Penal.

9. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 15 de abril de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 871065 - SP (2023/0422696-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : ELIEZER RODRIGO FRANCISCO
ADVOGADOS : GIORDANO ROBERTO DO AMARAL REGINATTO - DEFENSOR PÚBLICO - SP189249
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O ART. 37, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. *EMENDATIO LIBELLI*. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível que o relator negue seguimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que se configure ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado, diante da possibilidade de interposição de agravo regimental.
2. Como cediço, o acusado se defende dos fatos a ele imputados e não da qualificação jurídica definida na denúncia, a qual poderá ser revista pelo órgão julgador em sede de apelação (*emendatio libelli*), desde que não haja alteração da narrativa fática dada pelo órgão acusador, nos termos do art. 383 c.c o art. 617, ambos do Código de Processo Penal, sendo despicienda a abertura de prazo para aditamento.
3. Hipótese em que a Corte de origem desclassificou validamente a conduta do acusado para o art. 37, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois, embora ausentes provas relativas à prática do comércio espúrio, há elementos suficientes que comprovam a sua atuação como "olheiro" do tráfico de drogas praticado por sua sobrinha, alertando-a acerca da aproximação da polícia.
4. Embora o Ministério Público, na denúncia, tenha imputado ao paciente crime diverso, a peça acusatória demonstrou que dava "cobertura à adolescente" responsável pela venda dos entorpecentes, de modo que o acusado se defendeu dos fatos que lhe foram atribuídos, incidindo, na hipótese, o art. 313 do Código de Processo Penal.
5. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP,

tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

6. O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, julgando embargos de declaração no RE 593.818/SC, rel. Min. Roberto Barroso, atualizou a tese do Tema 150, registrando-a da seguinte forma: "Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal."

7. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em 1/6 acima do mínimo legal com fundamento nos maus antecedentes do paciente, diante do registro de condenação definitiva anterior extinta há mais de 5 anos do cometimento do delito em apreço, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito do art. 37 da Lei de Drogas (2 a 6 anos de reclusão).

8. Estabelecida a sanção em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o modo semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena reclusivo, sendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ser o réu portador de maus antecedentes, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, I, do Código Penal.

9. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **ELIEZER RODRIGO FRANCISCO**, de decisão na qual não conheci o *habeas corpus* (e-STJ, fls. 316-323).

Inicialmente, alega o agravante violação ao princípio da colegialidade, na medida em que o relator decidiu monocraticamente acerca de tema que deveria ser analisado por turma deste Tribunal Superior.

O agravante insiste na tese de ser inidônea a desclassificação operada pela Corte de origem, em recurso exclusivo da defesa, visto que na denúncia não estavam descritos os pressupostos legais para configuração do delito descrito no art. 37 da Lei n. 11.343/2006.

Destaca que, além de no caso inexistir grupo, associação ou organização voltados para prática do crime de tráfico de drogas, o fato de supostamente dar cobertura para sua sobrinha na comercialização de entorpecentes não se enquadra nas hipóteses descritas no referido artigo.

Defende, por fim, o afastamento dos maus antecedentes, o fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, assim, a submissão do feito ao colegiado, a fim de absolver o agravante da prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas ou, alternativamente, para fixar a pena-base no mínimo legal, estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

VOTO

O agravo não merece prosperar.

Inicialmente, consigno que, nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível que o relator negue seguimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível,

improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que se configure ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado, diante da possibilidade de interposição de agravo regimental. Essa questão foi, inclusive, objeto da Súmula n.º 568 do STJ, publicada no DJe de 17/3/2016, com o seguinte teor:

"O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

Na hipótese, a decisão recorrida, transcrita a seguir, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, porque ela está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

"Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem desclassificou a conduta imputada ao paciente para o delito previsto no art. 37 da Lei de Drogas com base nos seguintes fundamentos:

"O réu foi condenado como incurso no artigo 33, "caput", da Lei n.º 11.343/2006 e os fatos foram narrados nos seguintes termos:

"Consta do inquérito policial que no dia 22 de setembro de 2021, às 16h50min, na Rua 8, ? 760, bairro Alto do Santana, nesta cidade e comarca de Rio Claro-SP ELIEZER RODRIGO FRANCISCO, qualificado a fls. 11, agindo em concurso de agentes e com identidade de desígnios com a adolescente Sara Beatriz Maciel Francisco, tinham em depósito, trazia consigo, guardavam e fornecia a consumo de terceiros, 91 (noventa e um) microtubos de cocaína, com peso líquido de aproximadamente 23,8g, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 09/10 e laudo de exame químico-toxicológico de fls.

66/67, droga, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta ainda que nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar ELIEZER RODRIGO FRANCISCO corrompeu ou facilitou a corrupção de Sara Beatriz Maciel Francisco, menor de 18 anos, com ela praticando infração penal.

Segundo se apurou, policiais civis, no período da manhã, realizavam diligências pelo local dos fatos, quando visualizaram o denunciado e a adolescente em plena atividade de venda de drogas: o denunciado permanecia sentado em um sofá, dando cobertura à adolescente, enquanto esta efetivamente realizava a venda de drogas. Na tentativa de abordagem, o denunciado e a adolescente fugiram e entraram numa residência.

No período da tarde, os policiais retornaram ao local dos fatos, novamente constataram o denunciado e a adolescente em franca atividade de venda de drogas e realizaram a abordagem: com o denunciado foi localizado um micro tubo contendo cocaína e outro vazio; com a adolescente Sara foram localizados dois kits contendo 30 micros tubos de cocaína cada, além de R\$

20,00 (vinte reais) em dinheiro. Realizadas buscas em um terreno em que a adolescente fora vista saindo antes de atender um usuário, foi localizado mais um kit contendo 30 micros tubos de cocaína.

Na ocasião, a jovem confessou o ato infracional praticado (fls. 04).

Considerando as condições em que se desenvolveu a ação policial, o encontro e a apreensão de grande quantidade de droga, individualmente acondicionadas para o pronto comércio, bem como a apreensão de dinheiro, presentes estão os elementos necessários para legitimar a presente imputação.” Perante a autoridade policial o réu disse que: “Quanto aos fatos afirmo que toda a droga apreendida é de minha sobrinha e eu não tenho nada haver com a droga e estava sentado do outro lado da rua para ir trabalhar; que sou usuário de droga; nego qualquer envolvimento com o tráfico e não sei porque me trouxeram pois não tenho nenhum envolvimento com a droga apreendida.” Interrogado judicialmente, voltou a negar os fatos dizendo que: “Disse que não ajudava a sobrinha no tráfico de drogas.

Costuma sentar-se no sofá porque ele fica na frente da sua casa, para tomar um café. A sua sobrinha vendia drogas na parte da tarde, depois do meio-dia. Não tinha participação no tráfico. Era usuário e possuía uma porção inteira e outra vazia, que foram encontradas em seu poder. Negou aos policiais que tivesse relação com a sua sobrinha.

Também negou que tenha assobiado para ela. Não foi encontrado dinheiro em seu poder. Sua família sabia que a Sara traficava e queria colocar ela para fora de casa. Confirmou que na parte da tarde estava sentado no sofá. Trabalha como motoboy, das 18h30 às 00h.” A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência, auto de constatação e laudo pericial.

A autoria, contudo, quanto ao delito de tráfico de drogas, não restou demonstrada.

O policial civil condutor disse em seu depoimento extrajudicial que: “...no período da manhã estávamos no bairro parque São Jorge e foi possível visualizar que o indiciado ficava sentado em um sofá e quando se aproximava viaturas ele avisava a sobrinha que estava no outro lado efetuando a venda de drogas.

Que naquele momento eles perceberam e entraram na casa localizada no número 760. Retornamos no período da tarde e foi possível presenciar a mesma situação, inclusive a venda pela adolescente e o indiciado no sofá como olheiro e então efetuamos abordagem e foi identificado o indiciado como sendo Eliezer Rodrigo Francisco e em sua posse havia dois micros tubos sendo apenas um com cocaína e outro vazio. A adolescente foi identificada como Sara Beatriz Maciel Francisco a qual é sobrinha do indiciado e na sua posse havia vinte reais e dois kits contendo 30 (trinta) micro tubos de cocaína cada um, totalizando 60 porções da droga. Foram realizadas buscas num terreno onde fora visto a adolescente saindo antes de atender um usuário, restando possível localizar mais um kit com 30 (trinta) micro tubos de cocaína, totalizando 90 (noventa) micro tubos prontos para venda. Diante dos fatos demos voz de prisão e conduzimos a Delegacia. Nada mais disse nem lhe foi perguntado.” O outro policial civil relatou os fatos, no mesmo sentido, quando da lavratura do boletim de ocorrência.

Em Juízo, o policial civil Lucas reafirmou o envolvimento do réu e ressaltaram que: “estavam em trabalho de investigação em conhecido ponto de tráfico no parque São Jorge, quando passaram a perceber olheiros e pessoas que auxiliam os traficantes. Em uma primeira oportunidade, pela manhã, pela proximidade que estavam do réu, conseguiram escutar um assovio, um grito, atitude de

olheiros que avisam aos traficantes sobre a presença policial. Isso aconteceu com o réu, que estava sentado em um sofá que ficava em um local estratégico, por ser uma esquina que tinha visual para três ruas. Quando chegaram com a viatura descaracterizada no bairro, uma menina conhecida do tráfico se juntou a ele e entraram em uma residência, já conhecida também naquele ponto. Durante o período da tarde retornaram ao local e, em rápida diligência, perceberam a mesma atitude. Eles mantinham contato com assovios e avisos, frases dissimuladas quaisquer, como “balão”. Conseguiram então abordar a adolescente e no local em que ela ia foi encontrada droga. O réu estava salvo engano, no mesmo sofá, não se recorda se havia droga com ele. A situação envolvendo o réu no sofá já havia sido percebida antes. No entanto, nas ocasiões anteriores, não o haviam visto assoviando e avisando a garota, viram ele agindo assim somente depois.

Posteriormente descobriram que a adolescente e o réu eram parentes.

A adolescente tinha inúmeras ocorrências de envolvimento com o tráfico. É comum o adolescente ficar no tráfico e o maior de idade auxiliar para evitar a prisão. A adolescente era auxiliada pelo réu, que era tio dela. Com a adolescente havia 60 porções, separadas em dois kits de 30 porções cada, e no terreno mais 30 porções de droga. Com o réu não se lembra se tinha ou não uma porção de droga. O réu disse que estava ali porque morava lá. A adolescente Sara assumiu que estava vendendo e que o réu era parente dela. Ela habitualmente afrontava a polícia. A adolescente questionou quando levaram o réu para a delegacia. O réu sempre conversava com Sara e já havia sido encontrada droga na residência de ambos em outra situação.” O testemunho judicial do policial Gustavo também foi esclarecedor sobre a conduta do réu, pois acrescentou que: “na parte da manhã, quando passaram pelo local, viram o réu, que ao perceber a presença dos policiais, começou a assoviar para indivíduos que estavam na mercancia na esquina. Na parte da tarde o réu continuava no local e conseguiram ver que ele avisou quando a polícia militar passou por ali, não tendo notado a presença dos policiais civis. Notaram que o réu estava associado a uma adolescente, Sara. Quando a viatura da polícia militar passou, ele a avisou da presença policial. Em determinado momento, ela saiu do ponto de tráfico principal e foi até o réu. Sara é conhecida por diversas passagens por tráfico de drogas. Ela tentou fugir de bicicleta, na posse dela havia 60 micros tubos com cocaína. No local onde ela estava, uma esquina próxima a um terreno, foram encontrados outros 30 micros tubos com cocaína.” Não há por que duvidar dos relatos prestados pelos policiais militares que foram coerentes e firmes na descrição da diligência, não se constatando deles qualquer ânimo ou intenção de incriminar falsamente o acusado.

Prevalece na jurisprudência o entendimento segundo o qual não se deve menoscar as informações que prestam as vítimas e testemunhas inclusive quando se trata de membros das corporações de segurança pública, mormente quando não se verifica a presença de motivo indicativo de propensão a mentir em desfavor do agente.

[...]

De fato, as provas amealhadas aos autos não dão o contorno de atos de traficância praticados pelo réu, posto que não foi visto, por exemplo, entregando entorpecente e recebendo dinheiro, ou mesmo direcionando-se para o local onde foi encontrada a maior quantidade de droga escondida.

E, em que pese o depoimento da menor na fase inquisitiva e judicial, no sentido de que a droga encontrada era dela, isentando o tio de qualquer vínculo

com o tráfico de drogas que cometia, os elementos coligidos aos autos informam a atuação do réu como “olheiro” da venda de entorpecentes.

Contudo, não é caso de absolvição por insuficiência de provas, porquanto restou demonstrada a atuação do réu como “olheiro” para os traficantes, sendo, de rigor, a aplicação da regra prevista no artigo 383, do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*) para desclassificar a imputação contida na denúncia para o artigo 37, da Lei de Drogas.

Com efeito, os policiais civis apresentaram relatos harmônicos ao descrever que o réu alertava as pessoas que vendiam entorpecentes sobre a aproximação de policiais.

Do testemunho colhido, é possível destacar que o réu atuava fazendo barulho com a chegada de viatura no local a fim de evitar que os indivíduos que vendiam as drogas fossem presos em flagrante.

Inicialmente, ressalta-se que a região em que fizeram patrulhamento é conhecida como destinada ao tráfico de drogas.

Ademais, os policiais civis fizeram campana no período da manhã, e puderam observar que o réu e sua sobrinha, assim que perceberam a aproximação da viatura, direcionaram-se para o interior da casa no mesmo momento.

Já à tarde, a campana realizada pelos policiais permitiu novamente verificar que o réu avisava os indivíduos que vendiam a droga, mantendo-se sentado em local estratégico, porquanto mantinha-se acomodado em sofá que ficava em uma esquina onde tinha a visão de três ruas e, com sons aleatórios, anunciava a chegada dos policiais.

O quanto acima descrito revelou ação articulada entre tio que avisava a sobrinha que vendia droga sobre a chegada dos policiais, mostrando atuação conjunta em divisão de tarefas.

Nessas circunstâncias o réu foi preso, sendo indubitável que atuou nos termos do artigo 37 da lei nº 11343/06:

[...]

Deste modo, como o contexto apresentado torna temerária a manutenção da condenação por tráfico de entorpecentes, porquanto não verificado que agiu com atos próprios de mercancia, bem como revelou atuação além de apenas portar droga para uso próprio, de rigor é a desclassificação de sua condenação para a conduta prevista no artigo 37, da Lei nº 11.343/06" (e-STJ, fls. 263-274)

Conforme se verifica do excerto, a Corte de origem entendeu validamente não ser o caso de absolvição da prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois, embora ausentes provas relativas à prática do comércio espúrio, há elementos suficientes que comprovam a sua atuação como "olheiro" do tráfico de drogas praticado para sua sobrinha, alertando-a acerca da aproximação da polícia, de modo que a conduta imputada ao acusado foi desclassificada para o delito previsto no art. 37, *caput*, da referida norma.

Portanto, embora o Ministério Público, na denúncia, tenha imputado ao paciente crime diverso, a peça acusatória demonstrou que dava "cobertura à adolescente" responsável pela venda dos entorpecentes (e-STJ, fls. 19-22), de modo que o acusado se defendeu dos fatos que lhe foram atribuídos, incidindo, na hipótese, o art. 313 do Código de Processo Penal.

Como cediço, o acusado se defende dos fatos a ele imputados e não da qualificação jurídica definida na denúncia, a qual poderá ser revista pelo órgão julgador em sede de apelação (*emendatio libelli*), desde que não haja alteração da narrativa fática dada pelo órgão acusador, nos termos do art. 383 c.c o art. 617, ambos do Código de

Processo Penal, sendo despicienda a abertura de prazo para aditamento. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 217-A, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. HIPÓTESE FÁTICA DA MAJORANTE DESCRITA NA INICIAL ACUSATÓRIA. CAPITULAÇÃO JURÍDICA CONTIDA NA DENÚNCIA QUE NÃO VINCULA O JUIZ. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- O art. 226, inciso II, do Código Penal, previa, à época dos fatos, que a pena devia ser aumentada de metade, se o agente fosse ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tivesse autoridade sobre ela.

- A inicial acusatória narrou que "a vítima M. E. é filha do irmão da esposa do denunciado" (fl. 32) e que o ora agravante e a esposa "receberam a sobrinha M. E. para passar alguns dias de férias na chácara em que moravam [...]" (fl. 32).

- A hipótese fática da majorante do art. 226, inciso II, do Código Penal, está bem descrita na denúncia, a qual narrou ser o agravante tio da vítima, tendo sobre ela, a princípio, a autoridade dos parentes mais velhos nas famílias estendidas. O julgador não está vinculado à capitulação jurídica da conduta contida na denúncia, que deu o agravante como incurso no art. 217-A, do Código Penal, sem mencionar o dispositivo relativo à causa de aumento.

- Em verdade, nos termos do art. 383, do Código de Processo Penal, o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. A emendatio libelli poderá ocorrer no momento da prolação da sentença condenatória, como na hipótese.

- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 776.804/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 21/11/2022.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI DA LEI 11.343/06. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DENEGAÇÃO.

1. Hipótese em que o Juiz de primeiro grau estabeleceu a pena no total de 8 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão pelo cometimento dos crimes previstos nos arts. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. O Tribunal de origem, em recurso da defesa, absolveu o réu quanto à corrupção de menores e fez incidir a causa de aumento do art. 40, inciso VI da Lei nº 11.343/06. A pena foi colocada em 8 anos e 2 meses de reclusão.

2. Não se verifica reformatio in pejus, pois não houve agravamento da situação do réu, já que ao final restou diminuída a pena definitiva estabelecida na sentença, de modo a abrandar a situação jurídica do paciente. 3. Ante o efeito devolutivo dos recursos, é possível a cognição de toda a matéria pelo Tribunal de origem em sede de apelação, bem como a adoção de fundamentos diversos da sentença, desde que não seja agravada a situação fático-processual do réu no recurso exclusivo da defesa.

4. O Tribunal de apelação pode dar a correta classificação jurídica aos fatos narrados desde a denúncia, à luz do art. 617, c/c o art. 383 do Código de Processo Penal.

5. Ordem denegada."

(HC n. 405.758/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 5/12/2017, DJe de 12/12/2017.)

Quanto à dosimetria penal, extrai-se o seguinte do acórdão impugnado:

"Posto isso, passo a analisar a dosimetria penal.

Na primeira fase, em atenção ao artigo 59, do Código Penal e artigo 42, da Lei nº 11.343/06, diante dos maus antecedentes destacados na r. sentença, mantenho o recrudesimento inicial na fração de 1/6 sobre o mínimo legal, passando as penas a 02 anos e 04 meses de reclusão, e o pagamento de 350 dias-multa.

As penas não foram alteradas na fase intermediária, porquanto ausentes agravantes e atenuantes, mas com acerto as penas foram aumentadas em 1/6 diante da causa de aumento pelo envolvimento de adolescente (artigo 40, VI, da Lei de Drogas), alcançando 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 408 dias-multa" (e-STJ, fls. 45)

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Como cediço, "não existe critério matemático obrigatório para a fixação da pena-base. Pode o magistrado, consoante a sua discricionariedade motivada, aplicar a sanção básica necessária e suficiente à repressão e prevenção do delito, pois as infinitas variações do comportamento humano não se submetem, invariavelmente, a uma fração exata na primeira fase da dosimetria" (AgRg no HC 563.715/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2020, DJe 21/9/2020)

Na hipótese, o Tribunal de origem, atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal, considerou o fato do paciente ostentar condenação anterior definitiva, alcançada pelo período depurador (processo nº 0003763-46.2014.8.26.0510), para exasperar a pena-base na fração de 1/6.

Em relação à validade das condenações definitivas consideradas como maus antecedentes, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

A propósito:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DA BUSCA E APREENSÃO. ENTRADA EM DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. FUNDADAS RAZÕES. PLEITO DE

ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL CP). IRRELEVÂNCIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA PENA BASILAR. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. NOVA PONDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça STJ consolidou-se no sentido de que o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade "ter em depósito" é do tipo permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o qual não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância (ut, HC 407.689/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/9/2017), inclusive no período noturno, independente de mandado judicial, e desde que haja fundada razão da existência do crime.

2. No caso dos autos, não há que se falar em ilicitude da prova colhida na residência do réu, confirmada pela fundada razão da necessidade de realização de busca e apreensão, para averiguar denúncias de mercancia ilícita de entorpecentes praticada naquele local. No caso, os policiais realizaram diligências e constataram a movimentação de pessoas no local/casa onde ocorria comércio de droga.

3. O Tribunal a quo considerou que a prática do crime de tráfico restou comprovada, de modo que entender de forma diversa e desclassificar a conduta ou absolver o réu, como pretendido, demandaria o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial, a teor do óbice da Súmula n. 7 desta Corte.

4. O Plenário da Corte Suprema, no julgamento do RE n. 593.818/SC (Repercussão Geral), decidiu por maioria, que "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal" (RE 593.818/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO - SESSÃO VIRTUAL, julgado em 18/8/2020, Ata de julgamento publicada no DJe de 1º/9/2020). Firme nesta Corte o entendimento de que as condenações alcançadas pelo período depurador de cinco anos (art. 64, I, do Código Penal - CP) não configuram reincidência, mas são aptas a configurar os maus antecedentes do réu. Inafastável, portanto, a incidência do verbatim n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

5. A Corte de origem redimensionou a pena-base ao patamar de 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 560 dias-multa, em razão do decote de 3 vetores desfavoráveis e da negatização das circunstâncias do crime e a configuração dos maus antecedentes, sem piorar a situação do sentenciado. Assim, não acarreta reformatio in pejus a fundamentação emanada pelo Tribunal de origem em julgamento de recurso exclusivo da defesa, porquanto a reprimenda do réu não foi agravada, mas reduzida, mediante nova ponderação das circunstâncias judiciais.

6. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1580188/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020, grifou-se);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. MAUS ANTECEDENTES. DECURSO DO PERÍODO DEPURADOR. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. REGIME MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme ao assinalar que as condenações alcançadas pelo período depurador de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base.

Não há mácula no aumento da segunda fase em razão da reincidência, visto que o período depurador de cinco anos não foi ultrapassado.

Apesar de a pena aplicada ser inferior a 4 anos, a reincidência e o registro de maus antecedentes justificariam, em consonância com o art. 33, § 2º, "c", e § 3º do CP, a aplicação do regime inicial fechado. Todavia, diante da ausência de irresignação do Ministério Público, permanece o semiaberto.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade ante a ausência do requisito disposto no art. 44, III, do CP.

Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC 593.502/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 21/10/2020, grifou-se).

Tal entendimento, inclusive, foi pacificado no Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 593.818 ED/SC, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 25/4/2023, DJe 5/5/2023, no qual recentemente, sob o rito da repercussão geral, acolheu os embargos de declaração, tão somente para aclarar a tese do Tema 150, que passou a ser fixada nos seguintes termos: “Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes ou demasiadamente distanciadas no tempo e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal”.

Dessa forma, apontados elementos idôneos para a majoração da reprimenda (maus antecedentes), não se mostra desarrazoada a elevação operada pela instância antecedente, tendo em vista a pena máxima e mínima abstratamente cominada ao delito do art. 37 da Lei de Drogas (2 a 6 anos de reclusão).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se" (e-STJ, fls. 316-323)

Especificamente quanto ao regime prisional e a permuta legal, estabelecida a sanção em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o modo semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena reclusivo, sendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ser o agravante portador de maus antecedentes, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 871.065 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0422696-6

Número de Origem:

00084897220238260502 15030764820218260510 20230000412796 22596812021 84897220238260502

Sessão Virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS : GIORDANO ROBERTO DO AMARAL REGINATTO - DEFENSOR PÚBLICO -
SP189249

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ELIEZER RODRIGO FRANCISCO

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 - COLABORAÇÃO
COM GRUPO, ORGANIZAÇÃO OU ASSOCIAÇÃO DESTINADOS À PRODUÇÃO OU
TRÁFICO DE DROGAS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ELIEZER RODRIGO FRANCISCO

ADVOGADOS : GIORDANO ROBERTO DO AMARAL REGINATTO - DEFENSOR PÚBLICO -
SP189249

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 16 de abril de 2024