



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 901474 - SP (2024/0106873-9)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : HUGO HENRIQUE FENTI BARBOSA (PRESO)
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO E BUSCA PESSOAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO PELA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra acórdão com trânsito em julgado, porquanto manejado como substitutivo de revisão criminal, em hipótese na qual não houve inauguração da competência desta Corte.

II - A tese de nulidade das provas obtidas em razão da busca pessoal realizada fora das hipóteses legais, bem como em razão de invasão domiciliar, constitui inovação não apreciada previamente pela Corte local, de modo que este Superior Tribunal de Justiça fica impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

III - No tocante à pretensão de desclassificação da conduta de tráfico de entorpecentes para a conduta do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, entendo que a Corte de origem apreciou as provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não apenas de forma aprofundada, mas devidamente fundamentada, não havendo nenhuma dúvida que os entorpecentes apreendidos tinham por finalidade a comercialização. Para que a pretensão relativa à desclassificação da conduta pudesse ser acolhida, seria imprescindível o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, cujo rito do *habeas corpus* e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admitem.

IV - A pena-base restou exasperada em 1/6 em virtude de condenação definitiva anterior pelo delito de associação ao tráfico, fato esse que justificou o estabelecimento de regime inicial mais gravoso, tudo em consonância com a

jurisprudência desta Corte Superior.
Agravamento regimental desprovido.

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 04/06/2024 a 10/06/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 10 de junho de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 901474 - SP (2024/0106873-9)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : HUGO HENRIQUE FENTI BARBOSA (PRESO)
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO E BUSCA PESSOAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO PELA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra acórdão com trânsito em julgado, porquanto manejado como substitutivo de revisão criminal, em hipótese na qual não houve inauguração da competência desta Corte.

II - A tese de nulidade das provas obtidas em razão da busca pessoal realizada fora das hipóteses legais, bem como em razão de invasão domiciliar, constitui inovação não apreciada previamente pela Corte local, de modo que este Superior Tribunal de Justiça fica impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

III - No tocante à pretensão de desclassificação da conduta de tráfico de entorpecentes para a conduta do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, entendo que a Corte de origem apreciou as provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não apenas de forma aprofundada, mas

devidamente fundamentada, não havendo nenhuma dúvida que os entorpecentes apreendidos tinham por finalidade a comercialização. Para que a pretensão relativa à desclassificação da conduta pudesse ser acolhida, seria imprescindível o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, cujo rito do *habeas corpus* e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admitem.

IV - A pena-base restou exasperada em 1/6 em virtude de condenação definitiva anterior pelo delito de associação ao tráfico, fato esse que justificou o estabelecimento de regime inicial mais gravoso, tudo em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por HUGO HENRIQUE FENTI BARBOSA contra a decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* impetrado contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO no julgamento da apelação criminal n. 1500118-33.2021.8.26.0561.

Consta dos autos que o agravante foi condenado pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis às penas de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, consoante a sentença de fls. 18-25.

A defesa interpôs apelação criminal ao Tribunal de Justiça, que deu parcial provimento ao recurso, para reduzir as penas do recorrente para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, conforme o acórdão de fls. 31-36, operando-se o trânsito em julgado da condenação em 20/06/2022.

No presente *writ*, a defesa requereu a concessão da ordem de modo a (i) reconhecer a nulidade das provas obtidas em busca pessoal e violação de domicílio fora das hipóteses legais; (ii) desclassificar a conduta do paciente para aquela capitulada no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006; e (iii) reduzir a pena-base ao mínimo legal, com a fixação do regime prisional inicial semiaberto.

O *habeas corpus* não foi conhecido (fls. 39-45).

Nas razões de recorrer, o agravante reitera os argumentos de mérito e defende que há ilegalidade flagrante, passível de ser extirpada pela via estreita do *habeas corpus*.

Postula, assim, pela reconsideração da decisão, ou que o presente agravo seja submetido à apreciação do Colegiado, pugnando pelo seu total provimento, para (i) reconhecer a nulidade das provas obtidas em busca pessoal e violação de domicílio fora das hipóteses legais; (ii) desclassificar a conduta do paciente para aquela capitulada no artigo 28 da Lei 11.343/2006; e (iii) reduzir a pena-base ao mínimo legal, com a fixação do regime prisional inicial semiaberto.

Instrumento de mandato juntado às fls. 68-70.

É o relatório.

VOTO

Como relatado, a defesa verbera que há ilegalidade flagrante no acórdão impugnado, consistente na negativa ao reconhecimento da nulidade das provas obtidas em violação de domicílio e busca pessoal, na negativa à desclassificação da conduta e na desproporcional dosimetria da pena.

O acórdão combatido, ao apreciar a apelação criminal, assim fundamentou (fls. 31-36):

"[...]

"A materialidade do delito foi demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fl. 41/42, laudo toxicológico de fl. 44/50 e laudo definitivo de fl. 115/117.

A fl. 45 inclusive se revela que, no total, a apreensão foi de 10,84 g de cocaína e 22,58g. de maconha (massa líquida). Ou seja, ainda que não se trate de muito expressiva quantidade de drogas, não era pouca droga que pudesse ser intuída como para mero consumo pessoal ou compartilhado.

Mas não foi somente a droga apreendida, pois o auto de exibição e apreensão lista dinheiro trocado, balança, um pote de plástico transparente com resquício de cocaína, um pote de plástico azul com resquício de maconha, um telefone celular e 6 retalhos plásticos de cor branca (vide fl. 41).

Ao ser ouvido na delegacia o réu então disse que a droga era para seu consumo, e que estava mesmo em companhia de Adalberto, já que ambos tinham ido comprar a droga juntos, para consumo compartilhado. Vide fl. 9/10.

Ocorre que, como revelado pelos policiais, o réu já era conhecido por traficar, havendo notícias que estava trabalhando em

delivery de drogas, justamente a situação em que flagrado. Tanto que Adalberto, quando ouvido na polícia, confirmou já haver comprado drogas de Hugo.

A propósito, ao ser ouvido a fl. 08 Adalberto não reproduz a versão do acusado de que tinha ido comprar drogas para consumo compartilhado, o que inclusive não convence mesmo, já que encontrada cocaína na casa do réu.

Ora, se o réu tinha cocaína em casa, por qual razão teria ido comprar cocaína com Adalberto só com a intenção de uso? E mais, como bem observado pelo MP em contrarrazões, Hugo já tem envolvimento anterior por tráfico, como de resto reconhecido no processo 0004880-60.2017.8.26.0189 fl. 67).

Daí a explicação para que os policiais desconfiassem de sua atitude e o abordassem. Ainda que o réu tenha repetido sua versão em juízo, ou seja, de que a droga era para consumo próprio, essa versão não convence.

Os policiais contaram que encontraram na casa dele mais 28 porções de droga, o que ele tinha inclusive revelado à testemunha Adalberto.

Adalberto, por sinal, ainda que tente aliviar a situação de Hugo quando ouvido em juízo, não convence, chegando mesmo a se contradizer quando afirma que às vezes Hugo o chamava para consumir drogas e dizia quanto seria sua parte em dinheiro, ou seja, uma maneira indireta de afirma-se a própria mercancia.

Nada há, nos autos, que nos leve a suspeitar da lisura do procedimento policial. Afinal, os policiais inclusive levaram Adalberto para testemunhar a busca.

E Adalberto prestou seu depoimento inicial na polícia civil, de modo que não cola a versão de que se sentisse coagido a dizer o que não quisesse só por ter uma passagem pela Lei da Maria da Penha.

Enfim, bem apreciada as provas na r. sentença, adota-se sua fundamentação na forma do art. 252 do Regimento Interno.

Quanto à dosimetria o juízo deixou claro reconhecer que o réu é reincidente específico em razão do processo acima citado. Também reconheceu que ele tem anterior condenação pelo art. 28.

Ocorre que não aplicou aumento algum pelo art. 28, já que entendeu que seria desproporcional. E dada a outra condenação chegou à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa na primeira fase.

Não explicou direito que percentual aplicava. O usual seria 1/5 para reincidência específica, o que levaria a pena a 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

No entanto, em consulta à certidão de fl. 67 e ao e.saj, verifica-se que a condenação anterior do réu é por associação ao tráfico, o que afasta a reincidência específica

De sorte que o aumento que se permite é o de 1/6, o que leva

a pena a 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Apesar de não haver reincidência específica, as anteriores incursões indicam dedicação do réu às atividades criminosas, o que inclusive foi alvo de referência na prova testemunhal, de sorte que foi correta a não aplicação do art. 44.

Correto, também por isso, o regime fechado [...]."

Consoante assinalado na decisão agravada, o writ foi impetrado contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO já transitado em julgado. Diante dessa situação, não deve ser conhecido, porquanto manejado como substitutivo de revisão criminal, em hipótese na qual não houve inauguração da competência desta Corte.

Consoante o artigo 105, inciso I, alínea "e", da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça, originariamente, "*as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados*".

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. WRIT IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO DE MÉRITO NESTA CORTE. NÃO INAUGURADA A COMPETÊNCIA DO STJ. INADMISSIBILIDADE. FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TEMA NÃO ANALISADO NA ORIGEM. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 561.185/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 16/03/2020).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. HIPÓTESE DE NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

4. *Tratando-se de impetração que se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, já transitado em julgado, contra o qual seria cabível a interposição de revisão criminal, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.*

[...]

6. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no HC n. 486.185/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 07/05/2019).

No que toca às teses vertidas na presente impetração – nulidade das provas obtidas em razão da busca pessoal e invasão domiciliar realizadas fora das hipóteses legais –, elas sequer foram devolvidas ao Tribunal de Justiça no seio da apelação criminal.

Saliento que, para se considerar o tema como tratado pela instância antecedente, é necessária a efetiva manifestação cognitiva sobre a temática suscitada, de modo a cotejar a realidade dos autos com o entendimento jurídico indicado.

Nesse compasso, considerando que a pretensão deduzida no presente *writ* se trata de inovação não apreciada previamente pela Corte local, o Superior Tribunal de Justiça fica impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

"[...]

1. *A questão relativa à alegada nulidade da busca pessoal e veicular realizada em face do corréu não foi examinada pelo Tribunal de origem, motivo pelo qual esta Corte Superior fica impedida de se antecipar à matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e devido processo legal.*

[...]

6. *Agravo regimental a que se nega provimento*" (AgRg no HC n. 888.544/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 20/3/2024).

"[...]

1. *As matérias postas nos presentes autos (excesso de prazo e medidas cautelares) não foram tratadas pelo Tribunal a quo, de forma que o exame, perante o Superior Tribunal de Justiça, fica inviabilizado,*

sob pena de ocorrência de indevida supressão de instância.

[...]

3. *Agravo regimental desprovido*" (AgRg nos EDcl no HC n. 779.738/RN, Sexta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato - Desembargador Convocado do TJDF, DJe de 14/3/2024).

No que diz respeito à pretensão de ver desclassificada a conduta do paciente para aquela descrita no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, constato que o acórdão apreciou as provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não apenas de forma aprofundada, mas devidamente fundamentada, não havendo nenhuma dúvida que os entorpecentes apreendidos tinham por finalidade a comercialização.

Assim, para que a pretensão relativa à desclassificação da conduta pudesse ser acolhida, seria imprescindível o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, cujo rito do *habeas corpus* e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admitem.

Corroborando tal posicionamento, cito os seguintes julgados:

"[...]

3. *O pedido de readequação típica da conduta esbarra nos limites cognitivos do habeas corpus, que não é meio próprio para pretensão de readequação típica, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório.*

4. *Agravo regimental não provido*" (AgRg no HC n. 889.866/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 22/3/2024).

"[...]

1. *É entendimento pacífico da jurisprudência - tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal - de que a pretensão de desclassificação de um delito em habeas corpus exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, na via mandamental, de cognição sumária.*

6. *Agravo regimental não provido*" (AgRg no HC n. 850.846/AM, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 14/12/2023).

Por fim, no que diz respeito à dosimetria da pena, anoto que a pena-base restou exasperada em 1/6 em virtude de condenação anterior pelo delito de associação ao

tráfico, fato esse que justificou o estabelecimento de regime inicial mais gravoso.

Dessa maneira, tenho que acórdão não está apenas devidamente fundamentado, como em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"[...]

7. *Apesar de o novo montante da pena - 8 anos de reclusão - admitir, em tese, a fixação do regime intermediário, a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis determinam a fixação do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.*

8. *Agravo regimental não provido*" (AgRg no HC n. 863.061/SE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 14/2/2024).

"[...]

2. *"Nos termos da jurisprudência desta Corte, 'a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base' (AgRg no HC n. 607.497/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe 30/9/2020.) 3. A minorante do tráfico privilegiado foi negada com fundamentação válida, com alusão à dedicação a atividades criminosas, ressaltando o Tribunal local que "os réus são possuidores de maus antecedentes com condenação por tráfico de drogas, situação idônea a demonstrar, ainda, a dedicação a prática de atividades ilícitas", entendimento esse que se coaduna com a jurisprudência desta Corte, não havendo falar-se, ainda, na ocorrência de bis in idem.*

4. *Regime mais gravoso devidamente justificado, ainda que não se trate de réu reincidente, haja vista a existência de circunstância judicial negativa, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.*

5. *Agravo regimental desprovido*" (AgRg no HC n. 806.664/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato - Desembargador Convocado do TJDF, DJe de 14/3/2024).

Assim, não há nenhuma ilegalidade flagrante ou teratologia que viabilize a concessão da ordem nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 901.474 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0106873-9

Número de Origem:

15001183320218260561 21797362021

Sessão Virtual de 04/06/2024 a 10/06/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO BARROS MENDES
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HUGO HENRIQUE FENTI BARBOSA (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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : HUGO HENRIQUE FENTI BARBOSA (PRESO)
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
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 04/06/2024 a 10/06/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 10 de junho de 2024