



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 871566 - SC (2023/0425197-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : GASPARINO SIQUEIRA CORREA
ADVOGADOS : GASPARINO SIQUEIRA CORRÊA - SC053085
MANON DE AGUIAR FERREIRA - SC055510
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DIOGO JUNGES PADILHA SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de DIOGO JUNGES PADILHA SANTOS contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA proferido na Apelação n. 5009974-16.2022.8.24.0113/SC.

Consta dos autos que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Camboriú/SC condenou o paciente pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), a 2 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão, no regime inicial aberto, mais 281 dias multa.

Em apelação da defesa, as penas foram reduzidas para 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos, mais 250 dias-multa.

O impetrante requer, em liminar e no mérito, a remessa dos autos principais ao Ministério Público de primeiro grau para oferecimento de Acordo de não persecução penal — ANPP, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal.

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois foi impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

De início, eis a fundamentação apresentada pelo Tribunal de origem:

"[...] 4. Destaco, que, segundo a minha

compreensão, na linha de decisões das Cortes Superiores (STF, HC 194.677, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.5.21; STJ, HC 822.947, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 27.6.23; e HC 837.239, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 26.9.23), diante do reconhecimento, na sentença ou acórdão, da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não descrita na denúncia, seria necessário que o exame do recurso fosse temporariamente suspenso, e o julgamento convertido em diligência, com a remessa dos autos à Comarca de origem para análise e eventual propositura, pelo Ministério Público, do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

No entanto, a tese não é encampada pelos meus Excelentíssimos Pares (porto dos, vide Ap. Crim. 5002041-41.2021.8.24.0011, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j.10.9.23; e Ap. Crim. 5000098-94.2021.8.24.0073, Rel.ª Des.ª. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 10.9.23, nas quais restei vencido), assim como não é adotada pelas demais Câmaras Criminais deste Tribunal, ao argumento de que, não se admite a aplicação do disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal, em razão da ausência do requisito objetivo do quantum de pena mínima, em ação penal na qual se imputa a prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, sem a descrição, na inicial acusatória, da causa de diminuição do seu § 4º, ainda que ela venha a ser reconhecida em momento posterior.

*Apesar de convicto, considerando que, mudando o que há para ser mudado, "atuando em órgão fracionário, devo homenagear o pronunciamento do Colegiado Maior, sob pena de contribuir para a divergência intestina e provocar perplexidade maior" (STF, HC 73.193, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.12.95), não há razão para que persista sendo voz solitária (dando azo à possibilidade de Embargos Infringentes sem chance de sucesso e, até mesmo e se for o caso, de atraso ao caminho do apenado até o Superior Tribunal de Justiça), **razão pela qual, a partir da sessão do dia 17.10.23, passei a acompanhara maioria, motivo pelo qual indefiro o pleito, ressaltando meu entendimento.***

[...] Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de reduzir a pena-base aplicada e fixar a reprimenda final em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa e, de ofício, substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. [...]" (fls. 40/41)

Os trechos acima demonstram que o acórdão impugnado está contrário ao atual entendimento desta Quinta Turma de que, aplicada a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, mesmo que não descrita na denúncia, mostra-se cabível a remessa dos autos ao Ministério Público para análise da possibilidade de proposta de Acordo de Não Persecução Penal — ANPP.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. TEXTO LEGAL. CARGA HERMENÊUTICA POLISSÊMICA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. DEDICAÇÃO CRIMINOSA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. LAPSO TEMPORAL EXÍGUO PARA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. OCUPAÇÃO LÍCITA COMPROVADA. REQUISITOS DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DESCRIÇÃO DOS FATOS NA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE. EXCESSO DE ACUSAÇÃO (OVERCHARGING) NÃO DEVE PREJUDICAR O ACUSADO. REQUISITOS PARA PROPOSTA DO ANPP ATENDIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, os requisitos para a aplicação do tráfico privilegiado devem ser observados de forma cumulativa.

2. O princípio in dubio pro reo exige interpretação favorável ao acusado em casos de texto polissêmico. O legislador deveria especificar no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 se pretendesse incluir pequenos traficantes, como no caso em questão, que lidam com quantidades reduzidas de drogas em comparação às grandes organizações criminosas. O ônus hermenêutico de delimitar situações desfavoráveis ao acusado é do legislador.

3. O tráfico privilegiado busca tratar de forma adequada os não envolvidos em atividades ilícitas e organizações criminosas de grande porte. O período de três meses no tráfico não indica dedicação significativa e duradoura ao crime. A ocupação lícita como radiologista pelo paciente demonstra falta de total dedicação à venda de entorpecentes.

4. Considerando o caráter aberto e vago do conceito de "dedicação às atividades criminosas", impõe-se uma interpretação restritiva, a fim de assegurar a aplicação efetiva do tráfico privilegiado nos casos em que haja uma incompatibilidade entre a conduta do agente e a penalidade prevista para o tráfico comum.

5. A quantidade ou a natureza da substância entorpecente podem fundamentar o afastamento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que evidenciem a efetiva dedicação do réu à atividade criminosa. No presente caso, não ficou comprovada tal dedicação do paciente.

6. No precedente do AgRg no REsp 2.016.905/SP, a Quinta Turma do STJ estabeleceu que, em casos de alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito, é possível aplicar o ANPP, desde que preenchidos os requisitos legais. Esse precedente

reconheceu a aplicação adaptada da Súmula 337/STJ, que prevê ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva. Portanto, se houver a desclassificação da imputação para outra infração que admite benefícios despenalizadores do art. 89, caput, da Lei 9.099/1995, os autos do processo devem retornar à instância de origem para aplicação desses institutos.

7. A situação dos autos segue o mesmo raciocínio, uma vez que foi constatado um equívoco na descrição dos fatos narrados para a imputação do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas) ao acusado. Isto posto, é necessário que o processo retorne à sua origem para avaliar a possibilidade de propositura do ANPP, independentemente das consequências jurídicas da aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico privilegiado) na dosimetria da pena, ou seja, para reduzir a pena.

8. Uma vez reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, os patamares abstratos de pena estabelecidos na lei situam-se dentro do limite de 4 anos para a pena mínima, previsto no art. 28-A do CPP. Além disso, com a aplicação da minorante neste STJ, o acusado tem direito ao ANPP, mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (overcharging) não deve prejudicar o acusado.

9. No caso dos autos estão presentes os requisitos para proposta do ANPP, quais sejam: 1) confissão formal e circunstanciada; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) necessidade e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

10. Habeas corpus não conhecido, porém concedida a ordem de ofício, a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e determinar a remessa dos autos ao juízo criminal para proceder a intimação do Ministério Público, com vistas a avaliar a proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

(HC n. 822.947/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO JURÍDICO. NOVO PATAMAR DE APENAMENTO. CABIMENTO DO ANPP. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - É cabível o acordo de não persecução penal na procedência parcial da pretensão punitiva.

II - No caso em tela, o e. Tribunal a quo, ao julgar o recurso de apelação interposto pela Defesa, deu-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de falsidade ideológica (CP, art. 299), tornando, assim, objetivamente viável a realização do

acordo de não persecução penal, em razão do novo patamar de apenamento - pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos. Houve, portanto, uma relevante alteração do quadro fático jurídico, tornando-se potencialmente cabível o ANPP.

III - Assim, nos casos em que houver a modificação do quadro fático jurídico, como no caso em questão, e ainda em situações em que houver a desclassificação do delito - seja por emendatio ou mutatio libelli -, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos para o ANPP, torna-se cabível o instituto negocial.

Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp n. 2.016.905/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 14/4/2023.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para determinar a remessa dos autos principais ao juízo criminal para proceder a intimação do Ministério Público, com vistas a avaliar a proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator