



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.996 - SP (2011/0078334-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON CONCEIÇÃO SANTOS (PRESO)
PACIENTE : MARCELO SANTOS CARDOSO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (189,1g DE COCAÍNA E 104,0g DE MACONHA). FUNDAMENTO IDÔNEO (ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE INDICATIVOS NOS AUTOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. MAJORANTE DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. INFRAÇÃO COMETIDA NAS IMEDIAÇÕES DE UNIDADE DE ENSINO. PLEITO DE AFASTAMENTO. VIA IMPRÓPRIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MERCANCIA NOS LOCAIS DETERMINADOS. SUFICIENTE A OCORRÊNCIA DO DELITO NESSES LOCAIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO PELA REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (art. 33, §§ 2º e 3º, AMBOS DO CP) . POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Em atenção ao art. 42 da Lei n. 11.343/06, a quantidade, natureza ou diversidade da droga apreendida devem ser sopesadas no cálculo da pena-base. Precedentes.
3. Devidamente comprovado pelas instâncias ordinárias a inserção dos réus em atividade criminosa, que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, não fazem jus os pacientes à minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.
4. A estreita via do *writ* não se presta ao reexame da prova produzida nos autos, necessária para se infirmar o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias, no que diz respeito à configuração da majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.
5. Nos termos do entendimento desta Corte Superior, para a incidência da majorante pela venda nas imediações de escolas, *é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, ou mesmo de que o comércio visava a atingir os*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estudantes, as pessoas hospitalizadas ou os usuários do metrô, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa na narcotraficância (HC 310.467/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015).

6. Embora os pacientes não tenham sido condenados à penas privativas de liberdade superiores a 8 (oito) anos, a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis perfazem fundamentos idôneos à fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.996 - SP (2011/0078334-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON CONCEIÇÃO SANTOS (PRESO)
PACIENTE : MARCELO SANTOS CARDOSO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANDERSON CONCEIÇÃO SANTOS e de MARCELO SANTOS CARDOSO contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que os pacientes Anderson e Marcelo foram condenados, respectivamente, às penas de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa e 5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa, ambos em regime fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, bem como absolvidos das sanções do art. 35, da Lei 11.343/06 e artigo 14, *caput*, da Lei 10.826/2003, nos termos do art. 386, VII do Código de Processo Penal.

Interpostas apelações pelas partes, foi dado parcial provimento apenas ao recurso ministerial, reconhecendo a qualificadora prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06 e condenando os pacientes como incurso no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03.

Alega o impetrante, primeiramente, a nulidade da dosimetria da pena ou a necessidade do estabelecimento da pena-base no mínimo legal, na medida em que esta teria sido fixada acima do mínimo legal com base em fundamentação, acerca das circunstâncias e consequências do crime, alicerçada unicamente na gravidade abstrata do delito e em razão exclusivamente de condições inerentes ao tipo penal de tráfico de entorpecentes (fl. 5).

Sustenta, também, a existência de constrangimento ilegal na medida em que aplicada a causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06 e afastada a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ao presente caso.

Aduz, ainda, que os pacientes também tem direito ao regime menos gravoso, bem como à substituição das penas caso aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo.

Requer, assim, por fim, a nulidade da dosimetria aplicada às penas cominadas à conduta típica de tráfico ou sucessivamente, seja afastada a causa de aumento do art. 40, inc. III, da Lei 11.343/06, a aplicação do redutor contido no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no máximo legal e, conseqüentemente, a fixação do regime inicial menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Foram prestadas as informações às fls. 131/145.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 77/80 pela denegação da ordem.
É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.996 - SP (2011/0078334-6)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

De início, cumpre salientar que não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

Quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, trago à colação os seguintes excertos extraídos da sentença condenatória, confirmada em 2º Grau:

Passo pois, a dosagem da pena.

A pena do acusado Anderson será fixada acima do mínimo legal em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, em face da reincidência e das circunstâncias judiciais desfavoráveis que exigem maior rigor. A pena do acusado Marcelo será fixada acima do mínimo legal em 05 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa das circunstâncias judiciais desfavoráveis que exigem maior rigor.

Das circunstâncias judiciais desfavoráveis - o crime de tráfico de entorpecentes revela desprezo do agente pela saúde humana e o fim mercantilista da sua conduta é de todo reprovável. A pena, no mínimo, seria insuficiente, especial considerando a quantidade do entorpecente apreendido em poder dos acusados.

Ademais, muitos dos delitos hoje praticados no seio da sociedade decorrem da necessidade que os usuários têm de manter seu vício. Na ponta deste círculo vicioso, está o traficante que entrega e fornece a droga mediante o devido pagamento. E mais: a conduta é nefasta para o meio social. Sopesadas, portanto, as condições delineadas pelo artigo 59, do Código Penal, notadamente consequência e circunstâncias do crime, é de rigor a pena acima do mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Enfim, o Poder Judiciário não pode ficar alheio á proliferação da venda e do consumo de entorpecentes pelo país. Não existem outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Não há causas de aumento ou diminuição a serem consideradas (fls. 49/50).

Segundo consta da sentença e do acórdão impugnado, observa-se que os pacientes, na companhia de outro agente, menor de idade, foram *surpreendidos guardando, para fim de tráfico, 189,1g de cocaína e 104,0g de Cannabis Sativa, bem como oito munições de calibre 38* (fl. 43).

Vê-se, pois, que o julgador, além da gravidade abstrata do delito, fixou a pena-base dos pacientes acima do mínimo legal reputando negativas as consequências e circunstâncias do crime em razão da quantidade de droga apreendida em poder dos acusados. Tal fundamento concreto adotado para a exasperação da pena-base é consentâneo com a jurisprudência pátria de que, em atenção ao art. 42 da Lei n. 11.343/06, a quantidade, natureza ou diversidade da droga apreendida devem ser sopesadas no cálculo da pena-base. Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 4,9 KG DE COCAÍNA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTO IDÔNEO. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006) NO PATAMAR MÁXIMO. IMPROCEDÊNCIA. ACÓRDÃO A QUO QUE FIRMOU QUE O RECORRENTE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ILEGALIDADE NO REGIME INICIAL DE PENA. IMPROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, inexistente ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade ou da natureza da substância apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. No tocante ao pleito de incidência da causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), concluiu o Tribunal a quo que as circunstâncias do crime evidenciavam o envolvimento do acusado com organização criminosa voltada ao tráfico internacional. Inviável, pois, modificar tal conclusão sem o revolvimento de provas (Súmula 7/STJ).

3. Não há ilegalidade no regime inicial estabelecido (fechado), pois a pena-base imposta foi fixada acima do mínimo legal em razão de circunstância judicial negativa, consistente na quantidade e natureza das drogas apreendidas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 488.261/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 11/03/2015).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA QUANTO À CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA. PERSONALIDADE. CONSIDERAÇÕES ABSTRATAS. MOTIVOS. INTUITO DE LUCRO FÁCIL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NATURAIS PARA OS TIPOS PENAIIS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - No caso, as instâncias ordinárias fundamentaram de maneira adequada o aumento das penas-base pela culpabilidade, pelas circunstâncias do crime e pela preponderância do art. 42, da Lei n. 11.343/06 sobre as circunstâncias judiciais, de modo a atender as exigências estabelecidas pela lei e pela jurisprudência.

IV - Contudo, o aumento na personalidade, nos motivos e nas consequências dos crimes carece de fundamentação idônea.

V - Quanto à personalidade, as instâncias ordinárias limitaram-se a tecer considerações vagas, sem elementos concretos que justificassem o aumento da pena-base. Precedente.

VI - No que se refere aos motivos, consoante reiterada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência do STF e do STJ, o intuito de lucro fácil não é fundamento idôneo para justificar a elevação das penas-base acima do mínimo legal. Precedentes.

VII - As consequências do crime invocadas pelas instâncias ordinárias se afiguram como naturais para os tipos de tráfico e de associação para o tráfico, não podendo delas se valer o magistrado para elevar a pena-base imposta ao paciente. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para redimensionar as penas-base, tornando-as definitivas, em razão da regra do art. 69, do Código Penal, em 12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão. (HC 286.455/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 12/12/2014).

No que diz respeito à negativa de aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, eis a fundamentação adotada perante o acórdão impugnado:

*Por fim, não é possível aplicar em favor dos réus a causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06. Em primeiro porque a quantidade e variedade das drogas apreendidas, **bem como a informação dos réus e do menor que vendiam entorpecentes no local em que estavam, para o sustento pessoal, tudo somado, faz presumir que não se trata de conduta isolada, bem como afasta a possibilidade de aplicação do benefício.** (fl. 49 - sentença).*

Por outro lado não há se falar na concessão do benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

De acordo com o referido dispositivo legal o Magistrado poderá reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços – desde este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividade criminosas, nem integre a organização criminosa.

Cuida-se, pois, de faculdade que o Juiz de Direito usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. E, no caso vertente, além da reincidência de ANDERSON, a prova dos autos indica que ambos dedicavam-se ao tráfico de entorpecentes, seja pela quantidade e variedade de narcóticos confiscada, seja pelo fato de a trama ter sido descoberta a partir de denúncia anônima feita á Polícia. Portanto, não fazem jus ao privilégio (fl. 59 - acórdão).

De início, cumpre esclarecer que é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga **podem** justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a apreensão de grande quantidade de drogas, **a depender das peculiaridades do caso concreto**, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

2. Não obstante a acusada seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes, as circunstâncias do caso concreto - notadamente, a natureza, a diversidade e a elevada quantidade de drogas apreendidas (2.146,0 g de cocaína e de 1.590,0 g de crack) - levam a crer que a recorrida se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao narcotráfico, porquanto evidente que não se trata de traficante ocasional.

3. A conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao artigo de lei apontado como violado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015 - grifos).

É exatamente o que ocorre na espécie, em que a instância de origem negou a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso – em especial, a quantidade e a qualidade das drogas, bem como a reincidência de um dos pacientes (Anderson) –, as quais evidenciariam o não preenchimento dos requisitos legais, concluindo tratar-se de réus inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O enfrentamento de teses jurídicas na via restrita pressupõe que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. **Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.**

5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.

7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INVERSÃO DO JULGADO. VIA INADEQUADA.

1. *O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.*

2. *Não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, o qual, de acordo com a prova produzida nos autos, afirmou tratar-se de réu que se dedicava às atividades criminosas, havendo indícios, inclusive, de que integrava organização criminosa, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.*

3. *Ademais, a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, em face da incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.*

4. *Ordem denegada (HC 158.918/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012).*

No que diz respeito à alegação de não incidência da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, relativa à traficância nas imediações de unidades de ensino, cumpre salientar que a estreita via do writ não se presta ao reexame da prova produzida nos autos, necessária para se infirmar o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias, no sentido de que *devidamente comprovada pelos documentos juntados às fls. 56 e 57 (fl. 58).*

Ressalte que, nos termos do entendimento desta Corte Superior, para a incidência da mencionada majorante quando se trata de local escola, *é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, ou mesmo de que o comércio visava a atingir os estudantes, as pessoas hospitalizadas ou os usuários do metrô, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa na narcotraficância (HC 310.467/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015).*

Nesse mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A prática do delito de tráfico de drogas na proximidade de estabelecimentos elencados no inciso III, do art. 40, da Lei n.º 11.343/06, (instituição de ensino) já é suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessária a prova de que o ilícito visava atender aos frequentadores desses locais.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1349357/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 30/04/2014).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO PERTO DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/06. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO. ALEGADA IGNORÂNCIA DO FATO PELOS AGENTES. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Incide a causa de aumento de pena constante do art. 40, inciso III, da Lei de Tóxicos quando o crime tiver sido praticado nos locais designados no aludido dispositivo. A pena é elevada exclusivamente em função do lugar do cometimento da infração, tendo em vista a exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais.

3. Ordem de habeas corpus denegada (HC 219.589/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 28/02/2013).

No que concerne à imposição do regime inicial fechado, trago à colação o seguinte excerto extraído da sentença condenatória:

Ante a gravidade do crime, circunstâncias judiciais acima narradas e quantidade das penas fixadas, os réus cumprirão a pena pelo tráfico inicialmente em regime fechado e não poderão recorrer em liberdade, não fazendo, também, jus ao demais benefícios pleiteados pela defesa. (fls. 50).

Na espécie, como visto, denota-se que o acórdão impugnado traz fundamento concreto para o regime mais gravoso, consistente nas circunstâncias judiciais desfavoráveis, aptas, inclusive, à majoração da pena-base acima do mínimo legal, quais sejam, as consequências e circunstâncias do crime em razão da quantidade de droga apreendida em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder dos acusados.

Nesse sentido, embora os pacientes não tenham sido condenados à penas privativas de liberdade superiores a 8 (oito) anos, a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis perfazem fundamentos idôneos à fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0078334-6

HC 202.996 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50091032962 532010 990103023242

EM MESA

JULGADO: 19/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON CONCEIÇÃO SANTOS (PRESO)
PACIENTE : MARCELO SANTOS CARDOSO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.