



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.024 - RS (2016/0310438-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JOANA GONCALVES VARGAS E OUTROS
ADVOGADO : JOANA GONÇALVES VARGAS E OUTRO(S) - RS075798
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : FABIANO SILVEIRA BAUER

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE. ADVOGADO CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VOLUNTARIEDADE RECURSAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ASPECTO INERENTE AO CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. MAJORANTE OBJETIVA. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.

1. A falta de interposição de recursos contra o acórdão condenatório pelo advogado então constituído, devidamente intimado de seus termos, não pode ser tida como nulidade por ausência de defesa técnica, porquanto vigora no sistema recursal o princípio da voluntariedade (art. 574, *caput*, do CPP).
2. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.
3. A aptidão para compreender o caráter ilícito da conduta não pode ser considerada como circunstância judicial negativa, pois tem relação com a culpabilidade como elemento do crime, não se incluindo no rol do artigo 59 do Código Penal.
4. Em decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*.
5. Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idem, haja vista que a mesma circunstância, a saber, a quantidade de droga apreendida, foi utilizada em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

6. É pacífico neste Tribunal o entendimento de que a majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06 é de índole objetiva, prescindindo, portanto, da análise da intenção do agente criminoso em comercializar entorpecentes diretamente com os alunos do estabelecimento educacional.

7. Ordem concedida, em menor extensão, para afastar a majoração da pena em razão da circunstância judicial da culpabilidade e determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade de drogas somente em uma das etapas do cálculo da pena.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem em menor extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 27 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.024 - RS (2016/0310438-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JOANA GONCALVES VARGAS E OUTROS
ADVOGADO : JOANA GONÇALVES VARGAS E OUTRO(S) - RS075798
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : FABIANO SILVEIRA BAUER

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FABIANO SILVEIRA BAUER, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal nº 70058094764).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto nos art. 33, *caput*, c.c art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006 (fls. 16 a 18).

Ao final da instrução criminal, o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre/RS julgou improcedente a pretensão acusatória e absolveu o paciente com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal (fls. 281 a 288).

Irresignado, o *Parquet* estadual interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso para condenar o acusado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 810 dias-multa. Eis o teor do acórdão, no que pertinente (fls. 341/344):

(...)

Passo à fixação da pena.

O réu é tecnicamente primário (fls. 37/39). A culpabilidade está bem determinada, visto que imputável, consciente da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigível comportamento diverso, em conformidade com o direito. A personalidade não evidencia anormalidade. Os antecedentes e a conduta social não restaram esclarecidos, bem como o motivo. **A circunstância de terem sido apreendidos quase três quilos de maconha, demonstrando tráfico de grande porte e alta lesividade social, aumenta em muito a reprovabilidade da conduta.** As consequências do crime não apresentam particularidades. Não há, na espécie, influência de comportamento de vítima.

Diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal e, especialmente, da circunstância referida, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão.

Outrossim, afasto o tráfico privilegiado, diante da grande quantidade de droga apreendida, evidenciando o envolvimento do réu em tráfico organizado e de maior lesividade social, o que afasta a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Por fim, tendo sido o crime praticado nas imediações de estabelecimento de ensino, como ratificado pelos policiais ouvidos em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo, incidente é a causa de aumento de pena do art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06, pelo que aumento a pena em um sexto, ficando a pena definitiva em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

A pena pecuniária vai fixada, mantendo a proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada, como estabelecido no tipo penal, em 810 (oitocentos e dez) dias-multa, na razão de um trigésimo do salário mínimo nacional vigente à época do fato, corrigida quando do pagamento.

Diante do quantitativo de pena privativa de liberdade, fixo o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §2º, alínea a, do Código Penal.

Diante do quantitativo de pena, incabíveis o *sursis* ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (arts. 44 e 77 do Código Penal).

No presente *mandamus*, os impetrantes sustentam, inicialmente, preliminar de nulidade absoluta por ausência de ampla defesa em razão do abandono da causa pela advogada de defesa anterior.

No mérito, alegam ausência de provas da autoria do paciente no crime do art. 33 da Lei de Drogas.

Aduzem, ainda, haver fundamentação inidônea para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, para a negativa da causa de diminuição do § 4º do art. 33, bem como para a incidência da causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006.

Requerem (fl. 13):

a) A suspensão da execução da pena, uma vez que tal condenação se baseia em acórdão onde não foi proporcionado ao paciente a utilização de seu direito constitucional ao contraditório e ampla defesa;

b) Em respeito à ordem pública, a reabertura de prazo para a apresentação de Recurso Especial;

c) A absolvição do paciente *ex officio*, eis que é inocente do delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas nos termos do art. 396, inciso II, do Código Penal;

d) A total revisão da Dosimetria da Pena aplicada ao paciente, eis que a majoração adotada, tanto na primeira, como na segunda fase, fere o Princípio do *Non Bis In Idem*; bem como a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da mesma legislação.

Liminar indeferida às fls. 371/373.

Informações prestadas às fls. 379/394 e 397/398.

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins (fls. 401/406), o Ministério Público Federal opina pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.024 - RS (2016/0310438-0)

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE. ADVOGADO CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VOLUNTARIEDADE RECURSAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ASPECTO INERENTE AO CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. MAJORANTE OBJETIVA. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.

1. A falta de interposição de recursos contra o acórdão condenatório pelo advogado então constituído, devidamente intimado de seus termos, não pode ser tida como nulidade por ausência de defesa técnica, porquanto vigora no sistema recursal o princípio da voluntariedade (art. 574, *caput*, do CPP).

2. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.

3. A aptidão para compreender o caráter ilícito da conduta não pode ser considerada como circunstância judicial negativa, pois tem relação com a culpabilidade como elemento do crime, não se incluindo no rol do artigo 59 do Código Penal.

4. Em decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*.

5. Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem*, haja vista que a mesma circunstância, a saber, a quantidade de droga apreendida, foi utilizada em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

6. É pacífico neste Tribunal o entendimento de que a majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06 é de índole objetiva, prescindindo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portanto, da análise da intenção do agente criminoso em comercializar entorpecentes diretamente com os alunos do estabelecimento educacional.

7. Ordem concedida, em menor extensão, para afastar a majoração da pena em razão da circunstância judicial da culpabilidade e determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade de drogas somente em uma das etapas do cálculo da pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A controvérsia jurídica cinge-se a analisar suposta nulidade por violação ao princípio da ampla defesa, bem como a fiel observância das normas que regem o exame dosimétrico.

Preliminarmente, ponderam os impetrantes pela ocorrência de nulidade processual, tendo por arrimo a inoperância da defesa técnica atuante em primeiro e segundo grau de jurisdição, que teria abandonado a causa após o julgamento do apelo defensivo, deixando de recorrer às vias extraordinárias.

Todavia, vigora no ordenamento jurídico o princípio da voluntariedade recursal (art. 574, *caput*, do CPP), inexistindo a imposição ao advogado de interpor recursos contra o édito condenatório. Sobre o tema, leciona Gustavo Badaró:

"A interposição ou não do recurso é deixada à livre escolha da parte. Os recursos são meios voluntários de impugnação das decisões, razão pela qual a parte é livre para recorrer ou não. As partes não têm um dever de recorrer. (...) A defesa não está obrigada a recorrer, podendo deixar de recorrer ou renunciar ao recurso. Pode, também, desistir do recurso interposto." (Direito Processual Penal, Tomo II, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, págs. 200/201)

Dessarte, ainda que não concordem os impetrantes com a atuação ou omissão do anterior causídico ao deixar de interpor recursos às vias extraordinárias, não se vislumbra nulidade por violação aos princípios da ampla defesa ou contraditório.

Verifica-se, portanto, o escorreito trâmite processual, com o exercício da defesa do acusado, inexistindo qualquer evidência de prejuízo por ele suportado.

E, como regra geral adotada pelo sistema brasileiro, a anulação do ato processual depende da demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Repressivo, não logrando êxito a defesa na respectiva comprovação, apenas suscitando genericamente as matérias - *pas de nullité sans grief*.

Confiram-se, a propósito, estes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE. NULIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A ausência de interposição de recursos contra o acórdão condenatório pelo advogado constituído e pelo réu, devidamente intimados, não implica ausência de defesa técnica por vigorar no sistema recursal o princípio da voluntariedade.

3. De acordo com art. 44, incisos II, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos em se tratando de réu reincidente em crime doloso.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 275.935/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DA LEI 9.503/97. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. RENÚNCIA DOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. VINCULAÇÃO PELO PRAZO DE 10 DIAS. PETIÇÃO DE RENÚNCIA PROTOCOLIZADA APENAS NO JUÍZO SINGULAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, § 3º, DO ESTATUTO DA OAB E AINDA POR ANALOGIA AO ART. 45 DO CPC, VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. VOLUNTARIEDADE RECURSAL. NULIDADE AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Incabível a nulidade do processo, porquanto, considerando que o julgamento do recurso de apelação ocorreu em 27/11/2014, a renúncia apenas em 17/11/2014 faz concluir que o advogado, previamente intimado, continuou a representar o paciente no prazo de 10 dias, na forma do art. 5º, § 3º, do Estatuto da OAB e ainda por analogia ao art. 45 do CPC, vigente à época dos fatos, não se encontrando o paciente indefeso, mormente pelo caráter facultativo da sustentação oral.

2. Interposto recurso de apelação por meio dos patronos constituídos à época, constitui ônus da parte e do advogado informar ao Tribunal de origem acerca da interrupção da atuação do causídico constituído, diante do princípio da lealdade processual, tendo em vista que a parte não pode se valer da sua própria torpeza para a anulação do processo, em situação onde dê causa ao resultado questionado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Em face da regra processual da voluntariedade recursal, insculpida no art. 574, caput, do CPP, a ausência de oposição de embargos de declaração ou de interposição de recursos especial ou extraordinário à decisão de apelação não pode ser interpretada como causa de nulidade processual, pois não há obrigatoriedade em recorrer.

4. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 363.207/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

No mérito, busca o impetrante, inicialmente, a absolvição pelo delito que lhe é imputado, alegando, em suma, ausência de provas suficientes de autoria delitiva.

Entretanto, o *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE DAS DROGAS E NATUREZA DE UMA DELAS. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DECRETO DE PERDIMENTO DE BEM EM FAVOR DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ.

2. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a quantidade de drogas e a natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas - 793,5 g de maconha e 45 de cocaína -, (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), e a existência de maus antecedentes.

3. O habeas corpus não é via idônea à discussão acerca da alegada ilegalidade do decreto de perdimento de bem em favor da União, ante a ausência de ameaça/ violação à liberdade de locomoção.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.414/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A QUATRO ANOS. ART. 44, I, CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- **Não é possível conhecer do pedido de absolvição por falta de provas, em sede de habeas corpus, tendo em vista que a desconstituição do que ficou estabelecido pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise de provas, ensejaria o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.**

- Levando-se em conta as circunstâncias do delito, as instâncias de origem entenderam que o paciente integrava organização criminosa, circunstâncias que impedem a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para se afastar essa conclusão e acolher a tese apresentada pela defesa, é necessário o reexame aprofundado das provas, procedimento que não se coaduna com os estreitos limites da via eleita.

- Por fim, mantida a condenação no patamar estabelecido, não há como conceder o pedido de substituição da pena privativa de liberdade, pois ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 199.158/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 07/04/2014)

Resta enfrentar o acerto do Aerópago Estadual no tocante à escoreita dosagem das penas. Eis o teor do *decisum*:

(...)

Passo à fixação da pena.

O réu é tecnicamente primário (fls. 37/39). **A culpabilidade está bem determinada, visto que imputável, consciente da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigível comportamento diverso, em conformidade com o direito.** A personalidade não evidencia anormalidade. Os antecedentes e a conduta social não restaram esclarecidos, bem como o motivo. **A circunstância de terem sido apreendidos quase três quilos de maconha, demonstrando tráfico de grande porte e alta lesividade**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

social, **aumenta em muito a reprovabilidade da conduta**. As conseqüências do crime não apresentam particularidades. Não há, na espécie, influência de comportamento de vítima.

Diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal e, especialmente, da circunstância referida, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão.

Outrossim, afasto o tráfico privilegiado, diante da grande quantidade de droga apreendida, evidenciando o envolvimento do réu em tráfico organizado e de maior lesividade social, o que afasta a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Por fim, tendo sido o crime praticado nas imediações de estabelecimento de ensino, como ratificado pelos policiais ouvidos em juízo, incidente é a causa de aumento de pena do art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06, pelo que aumento a pena em um sexto, ficando a pena definitiva em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

A pena pecuniária vai fixada, mantendo a proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada, como estabelecido no tipo penal, em 810 (oitocentos e dez) dias-multa, na razão de um trigésimo do salário mínimo nacional vigente à época do fato, corrigida quando do pagamento.

Diante do quantitativo de pena privativa de liberdade, fixo o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §2º, alínea a, do Código Penal.

Diante do quantitativo de pena, incabíveis o *sursis* ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (arts. 44 e 77 do Código Penal).

Na hipótese vertente, a primeira insurgência autoral cinge-se à análise da circunstância judicial da culpabilidade.

Como é cediço, o conceito de culpabilidade em direito penal pode assumir diferentes vertentes, por exemplo: a) elemento da estrutura analítica do crime; b) conceito oposto à responsabilidade penal objetiva – a culpabilidade constitui-se também em uma exigência de responsabilidade penal subjetiva; e c) medida da pena.

A culpabilidade enquanto elemento da estrutura analítica na teoria do delito integra o terceiro substrato do crime, consubstanciando um juízo de reprovação que incide sobre o autor do injusto penal em razão do fato que praticou. Nessa passada, tendo por norte a Teoria Normativa Pura, de base finalista, são pressupostos da culpabilidade: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; e c) exigibilidade de conduta diversa.

A seu turno, a culpabilidade como medida de pena nada mais é do que o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta. Deve ser observado, pois, a posição do agente frente bem jurídico tutelado, cuja reprovabilidade deve ser calcada em elementos concretos dos autos, os quais devem escapar ao campo de incidência do tipo penal violado, sob pena de *bis in idem*. A esse propósito, cumpre trazer à liça entendimento firmado por esta Corte:

HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. ADULTERAÇÃO QUE NÃO É



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PERCEBIDA DE MANEIRA IMEDIATA. TIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL A SER SANADA NA OPORTUNIDADE.

1. Esta Corte de Justiça, seguindo a jurisprudência do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a mera falsificação grosseira de documento, incapaz de ludibriar pessoa comum, afasta o delito previsto no art. 304 do Código Penal (Precedentes STJ).

2. Entretanto, no caso dos autos, constatado pela Corte Estadual que não seria possível o reconhecimento de maneira imediata da adulteração da carteira de habilitação, já que o mencionado documento já havia sido apresentado pelo paciente em outra oportunidade, não se pode falar em atipicidade da conduta, tendo em vista que o objeto do ilícito em apreço seria apto a atingir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, qual seja, a fé pública, razão pela qual mostra-se inviável a absolvição do paciente nos termos como almejado.

3. Para se entender de modo diverso, no sentido de se reconhecer a atipicidade da conduta do paciente seria necessário o exame aprofundado de provas, providência que é inadmissível na via estreita do habeas corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. OCUPANTE DE CARGOS PÚBLICOS RELEVANTES. ALTO GRAU DE INSTRUÇÃO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há como se acoimar de ilegal a sentença condenatória no ponto em que procedeu ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, bem evidenciada pelo fato do paciente ser titular de cargos públicos relevantes e ostentar alto grau de instrução, circunstâncias que, devidamente demonstradas, são fundamentos aptos a respaldar uma pequena exacerbação da pena-base, como a que ocorreu no caso sub examine.

(...)

(HC 194.326/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 29/08/2011)

Dá análise dos autos, não restam dúvidas de que a culpabilidade adotada para acrescer a pena-base é aquela inerente ao conceito analítico do delito, consignando o Tribunal que *"A culpabilidade está bem determinada, visto que imputável, consciente da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigível comportamento diverso, em conformidade com o direito"*.

Como visto, a consciência da ilicitude é elemento integrante da culpabilidade como estrutura analítica do crime, não podendo ser utilizada para valorar negativamente a pena-base, momento em que se analisa a culpabilidade como medida da pena, na forma como ressaltado alhures. O recrudescimento da sanção penal a este título, portanto, carece de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação idônea.

Na sequência, alega a defesa a ausência de fundamentação idônea para exasperar a pena-base no tocante à quantidade de drogas apreendidas, bem como a ocorrência de *bis in idem*, na utilização dessa circunstância também na terceira fase do exame dosimétrico, a fim de negar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06.

In casu, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade de droga apreendida - 2.879g de maconha, dispostos em 5 tijolos.

Do mesmo modo, a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 foi afastada também com supedâneo na quantidade de substância entorpecente encontrada em poder do paciente, elementos estes já levados em consideração quando da fixação da pena-base.

Ora, embora seja legítima a exasperação da pena-base com base na quantidade, natureza e variedade de drogas, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem*, haja vista que as mesmas circunstâncias foram utilizadas também na terceira fase da dosimetria para negar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

Mister destacar que não se olvida o entendimento reiteradamente adotado por esta Corte no sentido de que seria plenamente possível a utilização da quantidade e/ou natureza da droga apreendida como fundamento para exasperar a reprimenda na primeira etapa da dosimetria, e, ainda, na terceira fase, para fins de eleição do *quantum* de redução pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (v. g., HC n.º 229.691/MG, de minha relatoria, DJe 17.12.2013; AgRg no REsp n.º 1301.826/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 20.11.2013; AgRg no AREsp n.º 300575/SE, Ministra Marilza Maynard, DJe 13.9.2013).

Ocorre que, em decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*.

Confira-se, por oportuno, a notícia publicada no Informativo n.º 733/STF, de 16 a 19 de dezembro de 2013:

(...)

Caracteriza *bis in idem* considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Por outro lado, não há impedimento a que essas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena. Essa a orientação do Plenário que, em face de divergências entre as Turmas quanto à interpretação e à aplicação do art. 42 da Lei 11.343/2006, tivera a questão jurídica controvertida submetida à sua apreciação (RISTF, art. 22, parágrafo único).

(...)

Dessarte, em meu sentir, ainda que a decisão proferida pela Suprema Corte não seja dotada de caráter vinculante, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena, deve ser abandonado o posicionamento que vinha sendo perfilhado por este Sodalício, a fim de se reconhecer a existência de *bis in idem* em razão da utilização dos mesmos fundamentos para majorar a sanção corporal em mais de uma etapa da dosimetria.

Com efeito, no momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade, à natureza e à variedade das drogas devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*. No mesmo diapasão:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. CARACTERIZAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa" (AgRg no REsp 1.445.752/MS, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, DJe 06/11/2015). Precedentes.

2. Na falta de outros elementos dos autos que indiquem a dedicação do agravado a atividades criminosas, a consideração exclusiva da quantidade de droga para o aumento da pena-base e para impedir a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, viola o princípio do bis in idem.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1456993/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 30/03/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. QUANTUM DE REDUÇÃO PELA INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do ne bis in idem, haja vista que a mesma circunstância, a saber, a quantidade de drogas, foi utilizada em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para a negativa da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

(...)

3. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria, resta prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade da droga somente em uma das etapas do cálculo da pena, e, ainda, justifique o quantum de redução da pena em razão da incidência das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa.

(HC 341.483/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INATACADOS. INOBSERVÂNCIA DO COMANDO LEGAL INSERTO NO ART. 544, § 4º, I, DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ, POR ANALOGIA. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTE. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo, infirmar especificamente todos os fundamentos expostos na decisão que inadmitiu o recurso especial (art. 544, § 4º, I, do CPC).

2. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias utilizaram a quantidade e variedade de entorpecente para, a um só tempo, elevar a pena-base acima do mínimo legal e afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o que configura bis in idem e caracteriza o constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

4. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício.

(AgRg no AREsp 704.874/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 05/10/2015)

Assim, deve ser anulado o acórdão guerreado no tocante a esse aspecto da dosimetria da pena.

Por derradeiro, cumpre analisar a legalidade da aplicação da causa de aumento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, que guarda a seguinte redação:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

In casu, alega a impetrante que "o paciente estaria sendo punido simplesmente por morar perto de uma escola, eis que o suposto crime ocorre no verbo: 'guardar' ou 'ter em depósito'. Não existe nos autos qualquer prova material que configure o tipo verbal: 'vender, expor a venda, transportar, entregar a consumo ou fornecer drogas'.

Com efeito, este Tribunal tem posicionamento pacífico no sentido de que uma vez devidamente comprovado, como *in casu*, que o agente traficava próximo a um estabelecimento de ensino, pouco importa se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos da escola.

Destarte, é pacífico neste Tribunal o entendimento de que a majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 é de índole objetiva, prescindindo, portanto, da análise da intenção do agente criminoso em comercializar entorpecentes diretamente com os alunos do estabelecimento educacional. No mesmo sentido, reiterados julgados de ambas as Turmas Criminais deste Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06. OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. MAJORANTE OBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É pacífico neste Tribunal o entendimento de que a majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 é de índole objetiva, prescindindo, portanto, da análise da intenção do agente criminoso em comercializar entorpecentes diretamente com os alunos do estabelecimento educacional.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1346137/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 27/06/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. CRIME PRATICADO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais. Na hipótese, destacou o Tribunal de origem que a quantidade da droga apreendida (3 quilos de cocaína) evidencia o seu grau de envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

4. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006: "[a] conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.) 5. Ademais, a teor do entendimento desta Corte, a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação do Paciente à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

6. 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.

7. 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.

8. Ordem de habeas corpus não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 236.628/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. **1. Não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que restou devidamente comprovado que o paciente atuava próximo a um estabelecimento de ensino, pouco importando se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos da escola. 2. Ordem denegada**". (HC 181.050/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/03/2012).

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. 1. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. DIMINUIÇÃO DA PENA. BENEFÍCIO NEGADO. INDICAÇÃO DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. 2. CRIME COMETIDO PRÓXIMO À INSTITUIÇÃO DE ENSINO. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. (...). 2. **A constatação de que o tráfico de drogas era praticado nas imediações de estabelecimento de ensino torna dispensável a comprovação de que o paciente comercializava entorpecentes diretamente com os alunos da escola. 3. Ordem denegada**". (HC 121793/SP, de minha relatoria, DJe 31/08/2011).

Quanto ao assunto, transcrevo fragmento de esclarecedor voto do Eminentíssimo Ministro Sebastião Reis Júnior no *Habeas Corpus* nº 181.050/SP, acima citado:

Segundo o disposto no inciso III do art. 40 da mencionada lei federal, *in verbis*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

III - a infração tiver sido cometida **nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino** ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

O espírito da lei, ao que transparece, foi o de punir com maior rigor aquele que, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas, **aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei 11.343/2006, e não apenas o comércio, justamente porque em locais como tais,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais fácil é ao traficante passar despercebido à fiscalização, sendo maior, consequentemente, a reprovabilidade de sua conduta.

Nesse contexto, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi ensinam que: *'Os locais enumerados, em geral mais visados pelos traficantes em virtude da reunião de pessoas, fazem com que o perigo à saúde pública seja maior se a infração, em qualquer de suas fases de execução ou formas, ocorrer em seu interior ou proximidades. Para a incidência da majorante, evidentemente há necessidade de que o agente saiba que está nas imediações ou no interior de um dos estabelecimentos enumerados, mas não exige a lei que esse estabelecimento seja especialmente visado pelo delinqüente. Basta a proximidade física e o conhecimento dessa proximidade'.* (Lei de Drogas Anotada. 2ª ed. Saraiva, pág. 145).

Na hipótese dos autos, mostra-se devida a incidência da majorante em comento, uma vez que restou devidamente comprovado que o paciente atuava próximo a um estabelecimento de ensino, pouco importando se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos da escola".

Nestes termos, constata-se que a interpretação dada pela Corte de origem ao artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, está em sintonia com o entendimento jurisprudencial há muito consolidado neste Tribunal Superior de Justiça, razão pela qual era mesmo caso de fazer incidir a referida majorante.

Em conclusão, considerando a nulidade parcial da dosimetria em razão do reconhecimento do *bis in idem* no tocante à consideração da quantidade da droga na primeira e terceira fases do exame dosimétrico, deixo, por ora, de redimensionar a pena do paciente, providência a ser realizada pela Corte local, devendo igualmente ser observado o afastamento da circunstância judicial da culpabilidade.

Ante o exposto, **concedo a ordem, em menor extensão**, para afastar o recrudescimento da pena-base em razão da circunstância judicial da culpabilidade e determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria, utilizando a quantidade de droga somente em uma das etapas do cálculo da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0310438-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 380.024 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020397220148217000 00121300429494 01862278520138210001 121300429494
1862278520138210001 20397220148217000 70058094764

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

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 : JOANA GONCALVES VARGAS E OUTROS
ADVOGADO : JOANA GONÇALVES VARGAS E OUTRO(S) - RS075798
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : FABIANO SILVEIRA BAUER

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. BERNARDO LOBO MUNIZ FENELON, pela parte PACIENTE: FABIANO SILVEIRA BAUER

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, concedeu a ordem em menor extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.