



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.190 - SP (2017/0005349-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE PINTO

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PRETÓRIO EXCELSO NO BOJO DO HC 127.900/AM. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. ACUSADO INTERROGADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. SENTENÇA PRETÉRITA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ASPECTOS OBJETIVOS. DISPONIBILIZAÇÃO DE DROGAS A ADOLESCENTES. *MENS LEGIS*. PROTEÇÃO DE VULNERÁVEIS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA DA MENORIDADE. COMPROVAÇÃO POR DOCUMENTO DOTADO DE FÉ PÚBLICA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, deu nova conformidade à norma contida no art. 400 do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719/08), à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O interrogatório passa a ser sempre o último ato da instrução, mesmo nos procedimentos regidos por lei especial, caindo por terra a solução de antinomias com arrimo no princípio da especialidade. Ressalvou-se, contudo, a incidência da nova compreensão aos processos nos quais a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (10.03.2016). *In casu*, o paciente foi sentenciado em 12.01.2016, afastando-se qualquer pretensão anulatória.

2. Esta Corte sedimentou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica. Precedentes.

3. Aplica-se a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06 sempre que criança, adolescente, ou quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação figurar como vítima do delito ou como coautor ou partícipe. Justifica-se o recrudesimento pela maior vulnerabilidade desses indivíduos, suscetíveis ao consumo de entorpecentes ou à cooptação para o exercício do comércio malsão, tendo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vista a reduzida capacidade de discernimento, a inimputabilidade e a particular condição biológica, psíquica, moral e de caráter, ainda em fase prefacial de formação.

4. Na hipótese, o paciente foi flagrado disponibilizando maconha e cocaína a dois adolescentes, não havendo se falar em exclusão da causa especial de aumento de pena.

5. No mais, a Corte local concluiu, com base nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto a empreitada criminosa teria envolvido adolescente. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

6. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o documento hábil para fins de comprovação da menoridade não se restringe à certidão de nascimento, sendo apto a demonstrar a menoridade o documento firmado por agente público atestando a idade do adolescente.

7. *In casu*, constou no Boletim de Ocorrência lavrado pela autoridade policial a qualificação completa dos adolescentes envolvidos. Dotado de fé pública, não restam dúvidas no sentido de que o referido documento é apto a evidenciar o *envolvimento* de adolescentes na prática criminosa, subsumindo-se, assim, ao comando normativo do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

8. Ordem denegada.

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, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 09 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.190 - SP (2017/0005349-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE PINTO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ALEXANDRE PINTO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0003296-34.2015.8.26.0348).

Segundo os autos, o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 680 dias multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 71/80).

Irresignadas, acusação de defesa interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de Justiça deu provimento parcial a ambos os reclamos, resultando na majoração da pena ao patamar de 7 anos, 9 meses e 9 dias de reclusão, mais o pagamento de 776 dias-multa, mantido, no mais, o teor do édito condenatório de primeiro grau (fls. 22/29).

Dáí o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta, em suma: a) nulidade por inversão na ordem do interrogatório; b) a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão; e c) exclusão da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06.

Alega que o interrogatório foi o primeiro ato a ser realizado na instrução criminal, o que estaria em desacordo com a reforma realizada pela Lei 11.719/09, que tornou o interrogatório o último ato do processo com o fito de assegurar o contraditório e a ampla defesa efetivos.

Aduz que o fato de a reincidência ser específica não é relevante para fins de compensação com a atenuante da confissão, pois a lei não diferencia, não cabendo ao intérprete fazê-lo.

Assevera que o Tribunal de Justiça local "*se valeu exclusivamente de elementos do inquérito não confirmados em juízo para reconhecer a incidência da causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, em clara violação ao art. 155, do Código de Processo Penal*". No ponto, ressalta que o Sodalício não avaliou a versão defensiva relativa à ausência de representação do paciente acerca da condição de adolescentes das vítimas, tal como mencionado na r. sentença.

Pondera que "*não há nos autos prova idônea da condição de adolescentes dos demais envolvidos no fato (...), o que deve ser feito por meio de documento*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

específico".

Assinala que, apenas após o ocorrido, foi descoberto que os demais agentes eram adolescentes, sendo que, ao se imputar a causa de aumento ao paciente, estar-se-ia revigorando a responsabilidade penal objetiva.

Ao final, pugna pela anulação do processo, ante a realização do interrogatório ao início. Subsidiariamente, requer seja realizada a compensação da reincidência com a confissão, bem como haja a exclusão da causa de aumento relativa ao envolvimento de adolescente (art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06).

Informações prestadas às fls. 88/106.

Em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Hilda Marsiaj Pinto (fls. 109/115), o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.190 - SP (2017/0005349-1)

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PRETÓRIO EXCELSO NO BOJO DO HC 127.900/AM. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. ACUSADO INTERROGADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. SENTENÇA PRETÉRITA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ASPECTOS OBJETIVOS. DISPONIBILIZAÇÃO DE DROGAS A ADOLESCENTES. *MENS LEGIS*. PROTEÇÃO DE VULNERÁVEIS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA DA MENORIDADE. COMPROVAÇÃO POR DOCUMENTO DOTADO DE FÉ PÚBLICA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, deu nova conformidade à norma contida no art. 400 do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719/08), à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O interrogatório passa a ser sempre o último ato da instrução, mesmo nos procedimentos regidos por lei especial, caindo por terra a solução de antinomias com arrimo no princípio da especialidade. Ressalvou-se, contudo, a incidência da nova compreensão aos processos nos quais a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (10.03.2016). *In casu*, o paciente foi sentenciado em 12.01.2016, afastando-se qualquer pretensão anulatória.

2. Esta Corte sedimentou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica. Precedentes.

3. Aplica-se a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06 sempre que criança, adolescente, ou quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação figurar como vítima do delito ou como coautor ou partícipe. Justifica-se o recrudesimento pela maior vulnerabilidade desses indivíduos, suscetíveis ao consumo de entorpecentes ou à cooptação para o exercício do comércio malsão, tendo em vista a reduzida capacidade de discernimento, a inimputabilidade e a particular condição biológica, psíquica, moral e de caráter, ainda em fase prefacial de formação.

4. Na hipótese, o paciente foi flagrado disponibilizando maconha e cocaína a dois adolescentes, não havendo se falar em exclusão da causa especial de aumento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No mais, a Corte local concluiu, com base nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto a empreitada criminosa teria envolvido adolescente. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.
6. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o documento hábil para fins de comprovação da menoridade não se restringe à certidão de nascimento, sendo apto a demonstrar a menoridade o documento firmado por agente público atestando a idade do adolescente.
7. *In casu*, constou no Boletim de Ocorrência lavrado pela autoridade policial a qualificação completa dos adolescentes envolvidos. Dotado de fé pública, não restam dúvidas no sentido de que o referido documento é apto a evidenciar o *envolvimento* de adolescentes na prática criminosa, subsumindo-se, assim, ao comando normativo do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.
8. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A controvérsia jurídica cinge-se a analisar suposta nulidade na realização do interrogatório do acusado como primeiro ato da instrução, bem como o acerto das instâncias de origem no tocante à dosagem da pena.

Inicialmente, alega-se que a realização do interrogatório como ato inaugural da instrução criminal estaria em descompasso com a reforma realizada pela Lei 11.719/09, que transpôs a oitiva do acusado para o fim da audiência, melhor assegurando o contraditório e a ampla defesa efetivos.

Sobre a preliminar aventada, assim se manifestou o magistrado *a quo* (fls. 74/75):

"Primeiramente, anoto que não há que se falar em nulidade do interrogatório por ter sido ele o primeiro ato da audiência. Isto porque o procedimento dos crimes de tráfico de entorpecentes é regido por lei especial, não se aplicando, portanto, o rito previsto pelo Código de Processo Penal, em função da especialidade. (...)"

No mesmo sentido, dissertou o aresto impugnado (fl. 25):

Passo outro, a preliminar de nulidade do processo não vinga porque, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrário do que se sustenta, o rito e as fases processuais foram regularmente observados, não se cogitando de violação aos princípios constitucionais do contraditório ou da ampla defesa.

Não há se cogitar de aplicação, na espécie, das disposições contidas no artigo 400, do Código de Processo Penal, porque, como anotou o e. juízo *a quo*, verbis:

(...)

E, nada obstante os argumentos expendidos nas razões do apelo, a inversão da ordem da colheita da prova oral não ocasionou prejuízo algum ao exercício do direito de defesa, tanto que o i. defensor, presente ao ato, formulou perguntas às testemunhas, conforme depoimento gravado em mídia digital (fl. 113).

Nesse passo, não há se falar em reconhecimento de nulidade, diante do que reza o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no artigo 563, do Código de Processo Penal.

Portanto, rejeita-se a preliminar.

Há longa data, esta Corte Superior de Justiça, com o aval da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, vinha entendendo, com assento no princípio da especialidade, que a nova sistemática estabelecida pelo art. 400 do CPP, com a redação conferida pela Lei 11.719/2008, não se aplicaria ao procedimento próprio descrito nos arts. 54 a 59 da Lei de Drogas. Nesse diapasão, adotava-se a ideia hermenêutica segundo a qual o interrogatório ocorreria em momento anterior à oitiva das testemunhas, na forma como preconiza o art. 57 do referido diploma legal.

A título ilustrativo, os seguintes precedentes de ambas as Turmas desta Casa de Justiça e entendimento veiculado no Informativo de Jurisprudência nº 750 do Pretório Excelso:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRÉVIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 182/STJ. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ART. 185, § 5º, DO CPP. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO ESPECIAL PRÓPRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO E DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. CAUSA DE AUMENTO. ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Revela-se deficiente o recurso especial quando a parte deixa de indicar o dispositivo de lei federal tido por contrariado pelo Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem, fazendo incidir a Súmula 284/STF.

2. A ausência de impugnação específica de fundamento autônomo adotado pela decisão agravada atrai a incidência do óbice previsto na Súmula 182/STJ. No caso, os agravantes não combateram a aplicação das Súmulas 283/STF e 7/STJ.

3. Na linha da Jurisprudência desta Corte Superior, a ordem dos atos processuais, para a apuração de crimes relacionados ao tráfico de drogas, observa o regramento específico estabelecido no art. 57 da Lei n. 11.343/2006, e não o estatuto geral do Código de Processo Penal, sendo legítimo o interrogatório do réu antes da oitiva das testemunhas e da prova pericial. Inúmeros precedentes.

4. Não sendo aptos os argumentos trazidos na insurgência para desconstituir a decisão agravada, deve ela ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1019435/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 02/03/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É firme o entendimento nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que "para o julgamento dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/06 há rito próprio, no qual o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento (art. 57). Desse modo, a previsão de que a oitiva do réu ocorra após a inquirição das testemunhas, conforme disciplina o art. 400 do Código de Processo Penal, não se aplica ao caso, em razão da regra da especialidade (art. 394, § 2º, segunda parte, do Código de Processo Penal)" (HC 260.795/DF, Rel. Mininstra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 28/02/2013).

3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso concreto a fração de 1/2 da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da natureza da droga apreendida (20 pedras de "crack"), está em consonância com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento deste Tribunal.

4. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso, bem como vedar a substituição da pena por restritiva de direitos.

In casu, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime fechado pela Corte Estadual, pois, em razão das circunstâncias judiciais serem favoráveis (art. 59 do CP), da pena-base ter sido fixada no mínimo legal e a pena aplicada ser inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, alínea "c", do CP), caberia a fixação do regime inicial aberto ao paciente. Todavia, a natureza ("crack") dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como a não substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Turma.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 348.709/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016)

Tráfico de drogas: interrogatório do réu e princípio da especialidade

O rito previsto no art. 400 do CPP – com a redação conferida pela Lei 11.719/2008 – não se aplica à Lei de Drogas, de modo que o interrogatório do réu processado com base na Lei 11.343/2006 deve observar o procedimento nela descrito (artigos 54 a 59). Com base nesse entendimento, a 2ª Turma denegou “habeas corpus” em que se pretendia a observância do art. 400 do CPP em processo penal alusivo ao crime de tráfico de drogas. A Turma afirmou que o art. 57 da Lei 11.343/2006 estabelece que o interrogatório ocorreria em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do CPP, que dispõe que o interrogatório seria realizado ao final da audiência de instrução e julgamento. Assentou, ainda, que seria necessária a demonstração do prejuízo, inócua na espécie. Ademais, entendeu que, no confronto entre as duas leis, aplicar-se-ia a lei especial quanto ao procedimento, que, no caso, seria a Lei de Drogas. Precedente citado: HC 85.155/SP (DJU de 15.4.2005).

HC 121953/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 10.6.2014. (HC-121953)

Ocorre que, no julgamento do HC nº 127.900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03.03.2016, DJe 03.08.2016, a Suprema Corte, por seu Plenário, realizou uma releitura do artigo 400 do CPP, à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Naquela assentada, reconheceu-se, em razão de mostrar-se mais compatível com os postulados que informam o estatuto constitucional do direito de defesa, uma evolução normativa sobre a matéria, de forma que, por ser mais favorável ao réu e por se revelar mais consentânea com as novas exigências do processo penal democrático, a norma contida no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

400 do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.719, deveria irradiar efeitos sobre todo o sistema processual penal, ramificando-se e afastando disposições em sentido contrário, mesmo em procedimentos regidos por leis especiais.

Arredou-se, pois, o consagrado critério de resolução de antinomias - princípio da especialidade -, em favor de uma interpretação teleológica em sintonia com o sistema acusatório constitucional, sem que tenha havido, no entanto, declaração de inconstitucionalidade das regras em sentido contrário predispostas em leis especiais ou mesmo da redação originária do art. 400 do CPP.

Cumprе salientar que a temática era discutida, num primeiro lance, com fulcro em disposição parelha e especial no seio do Código de Processo Penal Militar (art. 302), porém, durante os debates, os Ministros da Corte Suprema ponderaram que o entendimento também aplicar-se-ia aos casos de processos criminais regidos por leis especiais das mais diversas ordens, dentre as quais se enquadra a Lei de Drogas.

Em conclusão: o interrogatório passa a ser o último ato da instrução, sendo que a Lei 11.719/2008, geral e posterior, prepondera sobre a disposições em contrário presentes em leis especiais. No particular, o interrogatório como ato final é providência a ser observada no âmbito da Lei Antitóxicos.

Confira-se a ementa do julgado proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).

2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.

3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).

4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal.

6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.

7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

(HC 127900, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016)

Como se nota, em atenção ao princípio da segurança jurídica, foi realizada a modulação dos efeitos do *decisum*, pelo que a nova interpretação dada somente teria aplicabilidade a partir da publicação da ata daquele julgamento, ocorrida em 10.03.2016. A partir desse marco, portanto, incorreriam em nulidade os julgamentos em que o interrogatório fosse o primeiro ato da instrução.

Nessa vereda, vê-se que, no caso presente, o paciente foi sentenciado na data de 12.01.2016, ou seja, em momento anterior à fixação do novel entendimento pela Corte Suprema.

Portanto, não há reproche a ser feito sobre o aresto vergastado, que acolhia entendimento até então válido e de acordo com o ordenamento jurídico. Nessa senda, inclusive, já palmilhou a 5ª Turma deste STJ, com os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO ESPECIAL PREVISTO NOS ARTIGOS 57 E SEQUINTE DA LEI N. 11.343/2006. INTERROGATÓRIO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. NULIDADE. REJEIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA, À ÉPOCA, DO NOVO ENTENDIMENTO DO STF (HC N. 127.900). ALEGADA INCOMPETÊNCIA DOS GUARDAS MUNICIPAIS PARA EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. PERMISSIVO DO ART. 301 DO CPP. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. TRIBUNAL LOCAL QUE, EM SEDE DE RECURSO DA ACUSAÇÃO, EXCLUIU A APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO PERMITE O BENEFÍCIO. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS QUE APONTAM A GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - 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.

- É certo que este Tribunal Superior vinha proferindo entendimento no sentido de que o procedimento previsto no artigo 57 e parágrafos da Lei n. 11343/2006 prevalecia sobre a regra insculpida no artigo 400 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da especialidade. - Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, no julgamento do HC n. 127.900/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 3/3/2016, e publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 3/8/2016, ressaltou que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o artigo 400 do CPP, é aplicável no âmbito dos procedimentos especiais, preponderando o princípio da ampla defesa sobre o princípio interpretativo da especialidade.

Assim, em procedimentos ligados à Lei Antitóxicos, o interrogatório, igualmente, deve ser o último ato da instrução, observando-se que referido entendimento será aplicável a partir da publicação da ata de julgamento às instruções não encerradas. - Na espécie, todavia, considerando que a sentença data de 16/11/2015, anterior, portanto, ao novel entendimento da Corte Suprema, não há qualquer nulidade a ser reconhecida por esta Corte, uma vez que o novo tratamento dado à matéria, por questão de segurança jurídica,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é aplicável apenas às instruções não encerradas nos procedimentos penais regidos por lei especial e somente a partir da publicação da ata de julgamento do HC 127.900/AM, ocorrida em 10/3/2016.

- Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Na espécie, infere-se que o acórdão recorrido conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, destacando, para tanto, a dedicação às atividades criminosas, ante a quantidade, a variedade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e crack), as circunstâncias em que o delito ocorreu e o fato de o paciente não possuir ocupação lícita. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na hipótese, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a variedade, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - crack, maconha e cocaína - utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 385.189/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ACUSADO INTERROGADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. NULIDADE INEXISTENTE. FATO OCORRIDO ANTES DO JULGAMENTO DO HC 127.900 PELO PRETÓRIO EXCELSO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/06. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

127.900, julgado em março de 2016, firmou orientação no sentido de que a regra instituída pela Lei n. 11.719/08, na qual o interrogatório do acusado será realizado ao final, deve ser adotada inclusive nos procedimentos regidos por lei especial, ressaltou a sua aplicação aos processos em que, até aquele momento, a instrução já tenha sido encerrada, como na hipótese, em que a fase probatório a teve fim em março de 2013.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de que a edição do artigo 28 da nova Lei de Drogas não importou em descriminalização das condutas previstas no referido dispositivo, mas, tão-somente, sua despenalização, podendo, portanto, ser considerado reincidente o acusado anteriormente condenado por ser usuário.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 682.660/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 19/10/2016)

Na sequência, adentrando à questão meritória, insurge-se a impetrante contra os critérios adotados na realização do exame dosimétrico.

Para melhor compreensão, destaco o seguinte excerto do édito condenatório de primeiro grau (fls. 77/78):

(...)

Passo, assim, à dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria, atendendo ao método trifásico de aplicação da pena, e considerando o disposto no art. 59 do Código Penal, bem como a previsão específica do art. 42 da Lei 11.343/2006, deve ser levada em conta a quantidade e natureza da droga apreendida. No caso em tela, foram apreendidas drogas diversas (maconha e cocaína, esta última com potencial lesivo à saúde pública notoriamente mais intenso do que o de outras drogas ilícitas), e que impõe majoração da pena-base acima do mínimo legal, em 1/6, perfazendo o montante de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo legal.

Na segunda fase, verifico que incide a agravante da reincidência, (conforme certidão criminal referente ao processo nº 0021266-28.2007.8.26.0348), motivo pelo qual majoro a pena acima fixada em 1/6, perfazendo o total de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa. Inviável considerar a confissão feita perante a autoridade policial para fins de incidência e de circunstância atenuante, uma vez que esta foi negada em juízo (o réu disse que assinou os papéis que lhe foram apresentados sem ler).

Na terceira fase da dosimetria, inviável a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006, uma vez que não há provas de que o acusado soubesse da condição de adolescentes de Gustavo e José Carlos. Pondere-se que o réu disse que não os conhecia e os próprios policiais somente ficaram sabendo que eles eram adolescentes após terem sido conduzidos à delegacia e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificados. Entendimento em sentido contrário seria admitir responsabilização objetiva em matéria de direito penal, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. Diante disto, torno definitiva a pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Entendo que o regime mais adequado ao cumprimento da reprimenda corporal seja o fechado, inclusive pela reincidência e pela presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não se podendo falar, ainda, em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não estarem presentes os requisitos legais, notadamente a quantidade de pena.

Colhe-se do aresto impugnado (fls. 22/29):

No mais, o acusado foi condenado porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, trazia consigo e guardava duzentas e setenta e quatro porções de cocaína, pesando cerca de 132,3 gramas, e noventa e sete trouxinhas de maconha, com aproximadamente 319,6 gramas, substâncias entorpecentes que determinam dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Reza a inicial que policiais militares realizavam patrulhamento pelo Jardim Ipê, quando, no local dos fatos, avistaram o denunciado e os adolescentes Gustavo Sardinha de Souza e José Carlos da Silva em atitude suspeita, uma vez que aquele sacudia uma sacola diante dos jovens. Desconfiados da cena, os policiais decidiram pela abordagem, ocasião em que ALEXANDRE arremessou a sacola que portava ao chão. No interior da referida sacola, os agentes da lei encontraram as drogas acima descritas e, em poder do denunciado, durante revista pessoal, localizaram a quantia de R\$ 297,00 (duzentos e noventa e sete).

Questionado informalmente pelos policiais e em delegacia de polícia, Alexandre confessou a traficância e admitiu possuir envolvimento anterior no tráfico (vide fls. 09). Em poder dos adolescentes Gustavo Sardinha de Souza e José Carlos da Silva nada de ilícito foi encontrado, sendo certo que, ao serem questionados, ambos alegaram ser usuários de drogas e terem se dirigido ao local para comprar maconha, confirmando que ALEXANDRE era o traficante. Diante da quantidade, natureza e diversidade das drogas encontradas, bem como a ausência de comprovação acerca da origem do numerário apreendido, resta evidente que ALEXANDRE estava no local para o fim de traficar drogas e que o delito envolveu adolescentes. ... (sic).

A materialidade resultou incontroversa e, no que tange a autoria e culpabilidade, também não pairou dúvida, diante da confissão - clara e direta - que o acusado externou perante a autoridade policial, pois admitiu que realmente vendia drogas no local dos fatos, havia duas horas, pois seu antecessor sofreu um mal súbito e aceitou substituí-lo, em razão de dificuldades financeiras que enfrentava.

É certo que, em juízo, recuou. Disse ter ido ao local dos fatos comprar cocaína para suprir-lhe o vício e foi abordado pelos policiais, próximo a dois adolescentes - os quais sequer conhecia - e à sacola que continha as porções ilícitas e quantia de dinheiro, abandonada pelo verdadeiro traficante diante da aproximação policial. Possuía somente R\$ 20,00 na ocasião, mas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os policiais lhe atribuíram a propriedade das drogas em razão de seu envolvimento anterior com o tráfico ilícito, certo que o traficante foi detido, conduzido à sua casa e, em seguida, liberado.

Todavia, suas palavras não convencem porque foram infirmadas pelas demais provas, senão vejamos.

Os policiais militares Adelton Mendes Brito e Denis dos Santos Suva sempre relataram que, durante patrulhamento de rotina, notaram que o acusado segurava uma sacola, cujo conteúdo era observado por ele e dois adolescentes que o acompanhavam. Efetuada a abordagem, o réu dispensou a sacola referida e, após constatarem que continha as porções ilícitas, ele confessou informalmente que agia no comércio proscrito, também evidenciado pela quantia apreendida consigo (R\$ 297,00) e pela delação dos adolescentes, pois afirmaram que, embora morassem em outro bairro (Jardim Oratório), foram ao local comprar drogas do recorrente, por serem de melhor qualidade. Conduzido à presença da autoridade policial, ele ratificou a confissão e os menores a corroboraram, na ocasião.

Nesse contexto, em que pese o empenho da combativa defesa, o edito condenatório era mesmo imperativo, sobretudo diante do teor dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão do réu, pois confirmaram os termos da inicial acusatória e evidenciaram a sua responsabilidade criminal no que tange ao crime de tráfico, não se cogitando de contradição de relevo nem de viés sorrateiro, a revelar que merecem credibilidade e não podem ser simplesmente ignorados porque foram seguros e coerentes, desde o início, e, ademais, não tinham motivos para atribuir-lhe crime de tal gravidade, a despeito do novo enredo externado em audiência, no sentido de ter sido injustamente acusado de crime que não cometeu em razão de seus antecedentes, mesmo porque sem respaldo em elemento de convicção algum.

Outrossim, não se vislumbra ilegalidade ou inconstitucionalidade no depoimento desses agentes, pois, na condição de testemunhas, como qualquer pessoa (CPP, art. 202), prestam compromisso e estão sujeitos às penas por falso testemunho que, como visto, não tinham razão para incriminá-lo, graciosamente, tanto que foram ouvidos em audiência e não foram contraditados no momento oportuno (CPP, art. 214).

E diante da natureza e da quantidade dos entorpecentes apreendidos, da forma como estavam embalados, em porções individuais, prontas para a entrega ao consumo de terceiros, e do sugestivo contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante - concretizada após o acusado ter sido surpreendido exibindo as drogas de que dispunha para venda a usuários adolescentes, os quais confirmaram a confissão informal externada na ocasião - infere-se, seguramente, que as substâncias ilícitas que ele dispensou durante a abordagem se destinavam ao comércio proscrito.

O artigo 33 da Lei de Tóxicos é de conteúdo múltiplo e descreve diversas condutas, bastando para a sua caracterização a prática de apenas uma delas. Na espécie, as condutas típicas trazer consigo e guardar - substâncias entorpecentes para fins de mercancia, isto é, venda, distribuição ou entrega ao consumo de terceiros - ficou configurada e se subsume perfeitamente ao tipo penal.

Inarredável, pois, a condenação do acusado pelo cometimento do crime de tráfico, devendo ser reconhecida, como reclamado pelo Ministério Público, a presença da majorante relativa ao envolvimento dos adolescentes Gustavo Sardinha de Souza e José Carlos da Silva na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática criminosa porque, embora tenham sido inquiridos somente por ocasião do flagrante, não há dúvida que pretendiam comprar drogas do recorrente, como afirmaram expressamente aos policiais durante a abordagem e à autoridade policial, certeza não infirmada pela singela alegação deduzida pelo réu em audiência, no sentido de não conhecer os usuários, para o fim de induzir o e. magistrado à conclusão de que não ficou demonstrado que ele ... soubesse da condição de adolescentes de Gustavo e José Carlos ... (sic, fl. 116).

Assim, a dosimetria exige ajuste.

Embora correta a majoração de 1/6 aplicada sobre as básicas, com esteio na quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos com o acusado, o aumento de 1/6, aplicado na etapa seguinte, em razão da reincidência (fl. 82), não se mostrou suficiente, por ser específica, melhor se adequando à espécie a fração de 1/3. De outra parte, não há como negar que a confissão externada pelo acusado perante a autoridade policial, embora retratada em juízo, foi considerada na r. sentença como elemento de convicção, devendo, portanto, acarretar a atenuação da pena (de 1/6), como assentado na Súmula 545, do STJ, verbis:

Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

Na terceira fase da dosimetria, reconhecida a majorante prevista no artigo 40, VI, da Lei de Drogas, as sanções ficam acrescidas de 1/5, por se tratar de dois adolescentes, perfazendo, pois, sete anos, nove meses e nove dias de reclusão e setecentos e setenta e seis dias-multa, no piso.

Outrossim, não há se cogitar, diante do montante de pena ora estabelecido, da gravidade concreta do delito e da presença da recidiva (específica, repise-se), da concessão de qualquer benefício ou de alteração da regência carcerária, porque correta a imposição de regime fechado para o início da expiação, por ser o único suficiente e adequado para a reprovação e prevenção da prática de novos delitos, pois, como sabido, a determinação do regime prisional não é mero consectário do quantum da pena, ex vi do disposto nos artigos 33, § 3º, e 59 do Código Penal, sem olvidar que as Súmulas 718 e 719, do STF, não possuem caráter vinculante, e, ainda, que a interpretação do § 2º, do art. 33, letras b e c, do Código Penal, conduzem à convicção de que o réu reincidente deve cumprir a pena em regime inicial fechado. Precedentes do STJ (STJ, Resp. 77.373, rel. WILLIAM PATTERSON, 6ª Turma, j. 27.2.1996).

Por fim, embora não se desconheça o teor do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não há se cogitar de sua aplicação imediata nesta seara, vale dizer, sem elementos concretos a respeito da existência (ou não) de outras condenações em desfavor do acusado, do comportamento dele no cárcere e do efetivo lapso que permaneceu preso, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal seja analisada por primeiro pelo juízo das execuções, evitando-se, ainda, supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

Por tais razões, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO recurso defensivo para reconhecer a presença da atenuante relativa à confissão espontânea; e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DÁ-SE PROVIMENTO ao reclamo da acusação para reconhecer a presença da majorante relativa ao envolvimento de adolescentes no tráfico ilícito (artigo 40, VI, da Lei nº 11.343/06) e a reincidência específica e majorar as penas a sete anos, nove meses e nove dias de reclusão e setecentos e setenta e seis dias-multa, mantendo-se os demais termos da r. sentença.

Em primeiro lugar, não merece guarida o pleito defensivo de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão.

No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal".

Todavia, no caso dos autos, a prevalência da circunstância agravante se deu em razão de se tratar de **reincidência específica**, peculiaridade concreta que justifica, de forma idônea, a individualização diferenciada da pena.

Tal entendimento encontra guarida em remansosa jurisprudência desta Corte, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO NÃO CONHECIDO. FALTA DE CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SENTENÇA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. CONFISSÃO JUDICIAL PARCIAL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE.

1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo regimental, infirmar especificamente todos os fundamentos expostos na decisão agravada (Súmula 182/STJ), o que, na espécie, não ocorreu.

2. É incabível o ajuizamento de habeas corpus em substituição ao meio processual adequado para combater a decisão guerreada. Não evidenciada a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal, é injustificável o processamento do writ.

3. Diante da reincidência específica do paciente em crime contra o patrimônio, a pretendida compensação, com a confissão parcial, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, mostra-se inviável.

4. A pena-base foi estipulada acima do mínimo legal em razão da presença de circunstância judicial desfavorável (consequências do delito - apagão na cidade de São Paulo), não estando evidente desproporcionalidade ou falta de motivação.

5. As vetoriais do art. 59 do Código Penal não precisam estar descritas na denúncia. Sua aplicação constitui exercício de jurisdição, fazendo incidir o direito devido ao fato criminoso e nem por isso se diz violado o direito de defesa, o contraditório ou a necessária correlação. Apenas ao tipo penal básico e às causas consideradas na terceira fase da dosimetria tem-se incidência da limitação do fato penal e do princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correlação (HC n. 219.068/RJ, Relator para o acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 20/5/2016).

6. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no HC 307.546/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EXTORSÃO QUALIFICADA. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 5/12. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 443 DO STJ. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, em 23 de maio de 2012, pacificou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas são igualmente preponderantes.

No caso em tela, diante da reincidência específica do paciente em crimes contra o patrimônio, a compensação da pena se mostra descabida. Dessa forma, não há ilegalidade a ser corrigida no decisum proferido pelo Tribunal *a quo*. Precedentes.

3. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3 (um terço), demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de causas de aumento. Nesse diapasão, a Súmula n.

443 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para limitar o recrudesimento da pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, em decorrência das majorantes do art. 157, § 2º, I, II e V, do CP, à fração de 1/3 (um terço).

(HC 374.225/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016)

Insurge-se, ainda, a impetrante contra o reconhecimento da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06. Argumenta-se que o paciente não conhecia a qualidade de adolescentes dos envolvidos na aquisição do entorpecente, bem como não haveria provas idôneas nos autos reconhecendo a menoridade penal.

O dispositivo que trata da majorante em tela 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

A majorante de pena nesses casos tem por justificativa a maior vulnerabilidade desses indivíduos, facilmente suscetíveis ao consumo de entorpecentes ou à cooptação para o exercício do comércio malsão, tendo em vista a reduzida capacidade de discernimento, a inimputabilidade e a particular condição biológica, psíquica, moral e de caráter, ainda em fase prefacial formação. Outrossim, a maior proteção jurídica oriunda da utilização da reprimenda penal como instrumento repressivo almeja a todo momento evitar a participação, a inclusão ou vitimização das pessoas vulneráveis ali descritas em relação a crimes desse jaez.

Nessa senda, extrai-se da norma-regra em comento que a pena de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 será majorada sempre que o agente "*envolver*" ou "*visar*" criança ou adolescente "*na*" ou "*com a*" prática do crimes, respectivamente.

Para delimitar o alcance de tais expressões, recorre-se à liça da doutrina especializada. Segundo Renato Brasileiro:

"Como o inciso VI do art. 40 faz uso das expressões "sua prática envolver ou visar a atingir", entende-se que a majorante sob estudo deve ser aplicada não apenas quando o traficante visar a tais pessoas, como, por exemplo, na hipótese de alguém que vende drogas para adolescentes nas imediações de uma escola, como também nas hipóteses em que qualquer um dos crimes dos arts. 33 a 37 for praticado em concurso eventual de agentes ou em associação criminosa com alguma pessoa que tenha diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação. **Em outras palavras, quando tais pessoas figurarem como vítimas do delito ou como coautoras ou partícipes, há de ser aplicada a referida causa de aumento de pena.**" (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial. 3ª ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2015. p. 803).

A seu turno, leciona Renato Marcão:

"Envolver criança ou adolescente tem o sentido de atuar conjuntamente, utilizar ou contar com a participação. É hipótese em que o agente atua em concurso eventual com criança ou adolescente, aliás, prática recorrente no ambiente do tráfico, notadamente em razão da menor capacidade de discernimento e resistência moral daqueles, a proporcionar maiores facilidades na cooptação, e da condição de inimputabilidade a que os mesmos personagens-alvo estão submetidos.

Visar atingir criança ou adolescente é ter como objetivo, meta final, destinar a droga a tais inimputáveis, que gozam de especial e justificada proteção jurídica, em face da sua particular condição biológica, psíquica, moral e de caráter, ainda em fase inicial de formação.

O agente pode visar atingir criança ou adolescente, destinando a droga para consumo ou para que eles pratiquem o comércio espúrio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em próprio nome, por conta e risco (fora dos limites do concurso de agentes)" (MARCÃO, Renato. Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 229)

Conclui-se, portanto, que a causa de aumento de pena em epígrafe se compraz com a disponibilização da droga para o consumo de vulneráveis, como sói ser a hipótese dos autos, em que o paciente foi flagrado comercializando maconha e cocaína a dois adolescentes.

A tese autoral no sentido de que não tinha conhecimento da qualificação dos indivíduos torna-se irrelevante, pois a incidência da majorante deve ser analisada sob o enfoque das vítimas em potencial do delito e não do ânimo subjetivo do agente. Outrossim, além da proteção em abstrato da saúde pública e da coletividade - bem jurídico inerente ao delito de tráfico (crime vago)-, o legislador houve por bem lançar mão ou eleger a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei de Tóxicos como instrumento para resguardar de forma ainda mais eficaz um grupo específico de indivíduos sabidamente mais vulneráveis aos efeitos deletérios dos entorpecentes.

Aliás, essa linha de objetivação das majorantes insculpidas no art. 40 da Lei 11.343/06 vem se cristalizando na jurisprudência dos Tribunais Superiores, adequando-se a interpretação da matéria aos bens juridicamente protegidos pelo referido diploma legal - imbuído de delitos classificados como de perigo abstrato. A título ilustrativo, cite-se o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal (Informativo de Jurisprudência 858) e por esta Corte no tocante à causa de aumento de pena estatuída no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06, cuja *ratio decidendi* é análoga:

Tráfico de drogas e imediações de estabelecimento prisional

A Segunda Turma denegou a ordem de “habeas corpus” em que se pretendia afastar a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006 (*) em condenação por tráfico de drogas realizado nas imediações de estabelecimento prisional.

No caso, o STJ deu provimento a recurso especial, interposto pelo Ministério Público, para determinar a incidência da mencionada causa de aumento.

A defesa insurgia-se contra a não aplicação o Enunciado 7 da Súmula do STJ (**). Além disso, alegava não ter sido demonstrado que o paciente comercializava qualquer tipo de entorpecente com frequentadores do estabelecimento prisional.

A Turma asseverou que a jurisprudência do STF está sedimentada na impossibilidade do uso de “habeas corpus” para reexame dos pressupostos de admissibilidade de recurso interposto no STJ. A suposta contradição seria adequadamente solucionada em embargos de declaração dirigidos ao STJ, e não em “habeas corpus” diretamente ao STF.

Ademais, salientou que a aplicação da referida causa de aumento se justifica quando constatada a comercialização de drogas nas imediações de estabelecimentos prisionais, sendo irrelevante se o agente infrator visa ou não aos frequentadores daquele local.

(*) Lei 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...) 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;”

(**) Enunciado 7 da Súmula do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

HC 138944/SC, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 21.3.2017. (HC-138944)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE, NATUREZA E MAUS ANTECEDENTES. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA MERCANCIA NOS REFERIDOS LOCAIS. 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 natureza e a variedade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

4. No caso, não há falar em constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base em aproximadamente 1/5 com fundamento nos maus antecedentes do paciente, na diversidade e natureza das drogas.

5. Em relação à causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, cumpre destacar que a respectiva majorante tem caráter objetivo, prescindindo da análise da intenção do acusado em comercializar drogas com alunos das instituições de ensino.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 359.467/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mais, diante da conclusão do Sodalício local de que a empreitada criminosa teria envolvido adolescente, não há como proceder ao afastamento causa especial de aumento de pena previsto no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas. Isso porque a aplicação da referida majorante foi devidamente fundamentada, com fulcro nos elementos probatórios intrínsecos aos autos.

O objeto do pedido acerca do afastamento da causa de acréscimo de pena, com o reconhecimento de possível erro sobre a existência de elemento objetivo do tipo penal violado, constitui matéria de fato, não de direito, visto que a inversão do decidido depende de um exame amplo e profundo do elemento probatório, a fim de se firmar um entendimento diverso do adotado pelo Tribunal *a quo*.

Consideração contrária ao ventilado no acórdão, fora dos aspectos objetivos tratados, acarretaria em incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. As instâncias ordinárias concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto a empreitada criminosa teria envolvido adolescente. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

2. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, fazendo da narcotraficância seu meio de vida, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a natureza e a quantidade das drogas apreendidas - 26 porções de cocaína e 13 trouxinhas de maconha (art.

42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 322.546/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

DOSIMETRIA. ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO. ENVOLVIMENTO DE MENOR. RECONHECIMENTO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Destacando a Corte impetrada a presença de elementos suficientes e concretos a demonstrar o envolvimento de adolescente na prática dos crimes de tráfico e de associação para o narcotráfico imputado aos pacientes, devidamente justificada a aplicação do previsto no art. 40, VI, da Lei Antitóxicos.

2. Para concluir-se pela ausência de envolvimento de menor nos delitos atribuídos aos condenados, necessário o exame aprofundado do elenco de provas, providência vedada no *habeas corpus*.

(...)

(HC 159.043/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 21/11/2012)

Por derradeiro, também não é possível dar guarida a tese defensiva segundo a qual "não há nos autos prova idônea da condição de adolescentes dos demais envolvidos no fato (...), o que deve ser feito por meio de documento específico".

Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o documento hábil para fins de comprovação da menoridade não se restringe à certidão de nascimento, sendo apto a demonstrá-la o documento firmado por agente público atestando a idade do adolescente.

Consoante se extrai dos autos, consta no Boletim de Ocorrência lavrado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoridade policial (fls. 42/46) a qualificação completa dos adolescentes envolvidos, certamente preenchida de posse de documentos de identificação ou registros constantes em delegacia. Dotado de fé pública, não restam dúvidas no sentido de que o referido documento é apto, a evidenciar, de fato, o *envolvimento* de adolescentes na prática criminosa, subsumindo-se, assim, ao comando normativo do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Desse modo, não há que se falar em reforma do acórdão nesse ponto, pois devidamente comprovada a menoridade, na linha da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. PROVA DA MENORIDADE. COMPROVAÇÃO POR DOCUMENTO DOTADO DE FÉ PÚBLICA. POSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. **Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o documento hábil para fins de comprovação da menoridade não se restringe à certidão de nascimento, sendo apto a demonstrar a menoridade o documento firmado por agente público atestando a idade do adolescente.**

2. Ao dar provimento ao recurso especial, reconhecendo a incidência do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, não é possível simplesmente restabelecer a sentença condenatória, sob pena de *reformatio in pejus*, eis que o Tribunal de origem também excluiu da dosimetria da pena a reincidência.

3. Agravo interno parcialmente provido, apenas para redimensionar a pena do recorrente para 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

(AgRg no REsp 1582484/MG, minha relatoria, **SEXTA TURMA**, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO VI DO ARTIGO 40 DA LEI DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE. BOLETIM DE OCORRÊNCIA, OFÍCIO DA POLÍCIA CIVIL E FOLHA DE ANTECEDENTES. DOCUMENTOS IDÔNEOS. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESCINDIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Hipótese na qual, além do Boletim de Ocorrência e do Ofício da Polícia Civil, através do qual o Delegado apresenta ao Promotor de justiça o menor em razão da lavratura de auto de apreensão, consta a sua certidão de antecedentes, emitida pelo Instituto de Identificação da Polícia Civil do estado de Minas Gerais, na qual há menção à data de seu nascimento.

2. **O aresto objurgado alinha-se a entendimento pacificado**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

neste Sodalício no sentido de que o documento hábil a que se refere o Verbete Sumular n.º 74/STJ ("Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil") não se restringe à certidão de nascimento ou carteira de identidade, sendo outros documentos dotados de fé pública igualmente idôneos para tal fim.

3. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 876.705/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Assim sendo, não há ilegalidade a ser sanada no presente *mandamus*.

Ante o exposto, **denego a ordem**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0005349-1

HC 385.190 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00032963420158260348 20160000679956 32963420158260348

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

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. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE PINTO

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, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.