



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.487 - SP (2017/0166630-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RENATO SIMAO DE ARRUDA
ADVOGADO : RENATO SIMÃO DE ARRUDA - SP197917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAIR DA SILVA JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA BASE. NATUREZA DO ENTORPECENTE. AUMENTO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. *QUANTUM*. MOTIVAÇÃO CONCRETA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A natureza do entorpecente é fundamento válido para aumento da pena-base, diante do preconizado no art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. O Colegiado estadual logrou fundamentar de maneira idônea a eleição do patamar de exasperação da pena em 1/4 (um quarto) em razão da reincidência. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aumento da pena em razão da reincidência ser específica, não há falar em constrangimento ilegal.

3. Não demonstrado que houve o prévio pronunciamento das instâncias ordinárias a respeito da incidência da atenuante do art. 65, III, "d" do CP, o pleito formulado a esta Corte Superior não deve ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

4. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Na espécie, o paciente foi flagrado praticando condutas descritas no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 nas imediações de estabelecimento de ensino, restando plenamente justificada a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.

5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegado.

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, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, 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.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 07 de dezembro de 2017(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.487 - SP (2017/0166630-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RENATO SIMAO DE ARRUDA
ADVOGADO : RENATO SIMÃO DE ARRUDA - SP197917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAIR DA SILVA JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de JAIR DA SILVA JUNIOR, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0016769-65.2014.8.26.0302).

Segundo os autos, o paciente foi condenado à pena de 8 anos, 6 meses e 2 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 849 dias-multa, como incurso no **art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06**. Eis o teor da sentença, no ponto pertinente (fls. 22/23):

Procedente a ação penal, passo a dosar a pena.

Na primeira fase, atentando ao disposto no art. 42 da Lei 11.343/06, observo que a pena-base deve ser majorada em virtude da alta potencialidade lesiva do entorpecente apreendido ("crack"), substância altamente nociva e viciante. Assim, aumento a pena-base do crime de tráfico em 1/6 para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Considerando a agravante da reincidência (fls. 21 do apenso) e, sendo ela específica, majoro a reprimenda em 1/4 para 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão e 728 dias-multa.

Presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/06, majoro a reprimenda em 1/6 para 8 anos, 6 meses e 2 dias de reclusão e 849 dias-multa.

Inaplicável a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, tendo em vista a reincidência do acusado.

Tratando-se de crime equiparado a hediondo (art. 2º, caput, da Lei 8.072/90) e sendo o réu reincidente, a pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime inicial fechado.

Para a pena de multa, deve-se considerar o valor do dia-multa à razão de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época do delito. A atualização do valor deverá obedecer aos índices oficiais de correção monetária.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça negou provimento, em aresto assim fundamentado quanto à dosimetria (fl. 17):

9. Frise-se que nas imediações do local do tráfico havia um estabelecimento de ensino, como se observa da prova oral coligida e do mapa de fls. 78. Logo, a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da lei especial, restou bem configurada.

10. Finalmente, a reprimenda deve ser mantida.

A pena-base foi ligeiramente exasperada em razão da natureza do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

narcótico apreendido (crack), de altíssimo grau de ofensividade, com fundamento no artigo 42 da Lei de Drogas. Na segunda etapa, por conta da reincidência específica do réu (fls. 21 do apenso), sobreveio o acréscimo de um quarto. Finalmente, em decorrência da causa de aumento a sanção foi exasperada no mínimo (um sexto).

Considerando a natureza do crime, equiparado a hediondo, e a reincidência específica do réu, era mesmo de rigor a fixação do regime inicial fechado.

Daí a presente impetração, na qual o impetrante contesta, em suma, a fixação da reprimenda.

Alega que a lei não faz distinção entre os tipos de entorpecente, não podendo haver aumento da pena porque um determinado tipo teria maior potencial lesivo do que outro, o que sequer possui embasamento científico.

Invoca equívoco na segunda fase do exame dosimétrico, pela utilização da fração de 1/4 para aumentar a pena pela reincidência, quando seu reconhecimento deveria ensejar o acréscimo de 1/6.

Sustenta que a confissão prestada em sede policial foi considerada como prova da autoria, mas não utilizada para atenuação da pena, violando o art. 65, III do CP.

Aduz que não poderia ser aplicada a causa de aumento de pena do art. 40, III da Lei nº 11.343/06, eis que o paciente não se valeu da escola para praticar ou potencializar o tráfico. Além disso, argumenta que havia distância aproximada de 200 metros entre a escola e o local da apreensão.

Ao final, pede a redução da pena imposta.

Informações prestadas às fls. 35/36.

O Ministério Público Federal apresentou parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Mônica Nicida Garcia, opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 62/66), porquanto as alegações tecidas demandam exame fático e não haveria qualquer ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.487 - SP (2017/0166630-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA BASE. NATUREZA DO ENTORPECENTE. AUMENTO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. *QUANTUM*. MOTIVAÇÃO CONCRETA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A natureza do entorpecente é fundamento válido para aumento da pena-base, diante do preconizado no art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. O Colegiado estadual logrou fundamentar de maneira idônea a eleição do patamar de exasperação da pena em 1/4 (um quarto) em razão da reincidência. Motivada de maneira concreta a fixação do *quantum* de aumento da pena em razão da reincidência ser específica, não há falar em constrangimento ilegal.

3. Não demonstrado que houve o prévio pronunciamento das instâncias ordinárias a respeito da incidência da atenuante do art. 65, III, "d" do CP, o pleito formulado a esta Corte Superior não deve ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

4. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Na espécie, o paciente foi flagrado praticando condutas descritas no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 nas imediações de estabelecimento de ensino, restando plenamente justificada a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.

5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegado.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A controvérsia jurídica cinge-se ao acerto das instâncias de origem no tocante à realização do exame dosimétrico.

Não se descure que a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que idelologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc.” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198)

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda.

(MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222)

Para melhor compreensão da matéria, trago à colação o teor do édito condenatório de primeiro grau no tocante à dosimetria penal (fls. 22/23):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Procedente a ação penal, passo a dosar a pena.

Na primeira fase, atentando ao disposto no art. 42 da Lei 11.343/06, observo que a pena-base deve ser majorada em virtude da alta potencialidade lesiva do entorpecente apreendido ("crack"), substância altamente nociva e viciante. Assim, aumento a pena-base do crime de tráfico em 1/6 para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Considerando a agravante da reincidência (fls. 21 do apenso) e, sendo ela específica, majoro a reprimenda em 1/4 para 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão e 728 dias-multa.

Presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/06, majoro a reprimenda em 1/6 para 8 anos, 6 meses e 2 dias de reclusão e 849 dias-multa.

Inaplicável a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, tendo em vista a reincidência do acusado.

Tratando-se de crime equiparado a hediondo (art. 2º, caput, da Lei 8.072/90) e sendo o réu reincidente, a pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime inicial fechado.

Para a pena de multa, deve-se considerar o valor do dia-multa à razão de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época do delito. A atualização do valor deverá obedecer aos índices oficiais de correção monetária.

O aresto objurgado encampou os fundamentos da sentença, nos seguintes termos (fl. 29):

9. Frise-se que nas imediações do local do tráfico havia um estabelecimento de ensino, como se observa da prova oral coligida e do mapa de fls. 78. Logo, a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da lei especial, restou bem configurada.

10. Finalmente, a reprimenda deve ser mantida.

A pena-base foi ligeiramente exasperada em razão da natureza do narcótico apreendido (crack), de altíssimo grau de ofensividade, com fundamento no artigo 42 da Lei de Drogas. Na segunda etapa, por conta da reincidência específica do réu (fls. 21 do apenso), sobreveio o acréscimo de um quarto. Finalmente, em decorrência da causa de aumento a sanção foi exasperada no mínimo (um sexto).

Considerando a natureza do crime, equiparado a hediondo, e a reincidência específica do réu, era mesmo de rigor a fixação do regime inicial fechado.

No tocante ao aumento da pena base devido à natureza da droga apreendida, as instâncias ordinárias deram cumprimento ao preconizado no art. 42 da Lei nº 11.343/06, no qual a natureza da droga alcança preponderância na primeira fase da dosimetria.

A esse respeito, o crack é sabidamente entorpecente com alta potencialidade lesiva, extremamente nocivo e viciante, tal como fundamentou o juiz sentenciante (fl. 22). Destarte, o aumento da reprimenda à vista da natureza do entorpecente nada conteve de manifestamente ilegal e, ao revés, foi implementado em estrita obediência ao comando legal. Note-se, apenas à guisa de exemplo, julgado desta Corte sobre o tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL JUSTIFICADA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE AUMENTO PELO TRÁFICO EM PRESÍDIO. ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

2. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Vedada aplicação da causa de diminuição da pena, uma vez que a recorrente integra organização criminosa, chegar a conclusão diversa, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

4. Quanto à majorante, rever a fração fixada pela instância ordinária, demandaria o reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que não se viabiliza em recurso especial.

5. A quantidade e a natureza da droga apreendida (maconha e crack) justificam a determinação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1134047/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017)

Noutro vértice, contesta o impetrante o *quantum* de aumento operado pela incidência da agravante da reincidência, aduzindo ser possível o critério doutrinário e jurisprudencialmente consagrado de aplicação da fração em 1/6.

Cumpre ressaltar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou diminuição de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas, cabendo à prudência do magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, não estando atrelado a critérios puramente matemáticos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o *quantum* de aumento ou redução pelas circunstâncias agravantes e atenuantes deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação, informadores do processo de aplicação da pena.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 10 DA LEI N. 9.296/1996 (INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL). DOSIMETRIA.

PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AFERIÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO A TÍTULO DE ATENUANTE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A legislação penal brasileira não prevê um percentual para o aumento da reprimenda básica ou para a redução desta no tocante às circunstâncias atenuantes legais genéricas, cabendo ao julgador, dentro de seu livre convencimento, sopesar o quantum a ser aplicado, respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. Na hipótese dos autos, aumentou-se a pena-base em 6 meses pelo reconhecimento da culpabilidade do agente, da sua personalidade, bem como dos motivos do crime, e, em razão da atenuante da confissão, reduziu-se a sanção em 3 meses, o que não é desproporcional ou desarrazoado, levando-se em consideração o preceito secundário da norma incriminadora (de 2 a 4 anos).

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 265.556/GO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 21/05/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. COMPENSAÇÃO PARCIAL ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA RECIDIVA. DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. No tocante à segunda etapa do procedimento dosimétrico, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

4. O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Precedentes.

5. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. Precedentes.

6. Hipótese na qual o Colegiado de origem, após ter procedido à compensação parcial entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da recidiva, limitou a exasperação da reprimenda na segunda fase da dosimetria a 1/6, considerando a dupla reincidência específica do réu, sem que se possa falar em flagrante ilegalidade a ser sanada mediante concessão da ordem, de ofício.

7. O Tribunal a quo manteve a exasperação da pena em 3/8 (três oitavos) pela incidência das duas causas de aumento do crime de roubo, tendo sido declinada fundamentação idônea para o aumento superior ao mínimo legal, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ.

8. As circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de simulacro de arma de fogo, e de uma faca, tendo o agente ameaçado transmitir o vírus HIV à vítima e afirmado que iria matá-la durante todo o período em que a sua liberdade foi por ele restringida, denota a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo.

9. Writ não conhecido.

(HC 368.847/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017)

No caso, o aumento de pena operado em razão da agravante da reincidência se deu em 1/4 (um quarto), de maneira fundamentada, posto que assentado na reincidência específica. Diante da existência de fundamentação concreta, o acréscimo não parece desmesurado, restando segura a afirmação de não há afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, reguladores da discricionariedade vinculada.

Especificamente quanto ao pleito de incidência da atenuante do art. 65, III, "d" do CP, o *habeas corpus* não deve ser conhecido.

Da leitura da sentença e do acórdão objurgado, não se verifica o prévio pronunciamento do Tribunal de origem acerca da incidência da atenuante da confissão, ora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vindicada nesta Corte Superior através do presente *writ*.

A ausência de apreciação do Tribunal de origem quanto a essa questão impede o seu conhecimento diretamente por este Sodalício, sob pena de supressão da instância.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA EM 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SURSIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- (...)

- Evidenciado que a matéria referente à concessão de sursis não foi apreciada pelo Tribunal de origem, não compete a esta Corte Superior sua análise, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Tupã/SP, com base em dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

(HC 274.020/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 19/02/2015)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 52/STJ. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUPERADA A ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. DESCABIMENTO. MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NO ACÓRDÃO A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I - (...)

III - No tocante à suposta ausência de fundamentação do decreto prisional, verifica-se que a matéria não foi devidamente debatida pelo eg. Tribunal a quo, o que inviabiliza a análise por esta Corte Superior, sob pena de caracterizar indevida supressão de instância.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 51.974/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 18/02/2015)

Passo à análise da insurgência relativa à causa de aumento de pena do art. 40, inciso III da Lei nº 11.343/06.

Assere o impetrante a ausência de fundamentação idônea a amparar o recrudescimento na terceira etapa, seja pela distância entre a prática do crime e a escola, seja por não ter sido utilizado o estabelecimento de ensino para o cometimento do tráfico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão questionado frisou que: "*nas imediações do local do tráfico, havia um estabelecimento de ensino, como se observa da prova oral coligida e do mapa de fls. 78*" (fl. 17), encampando fundamentação da sentença igualmente estruturada nesse sentido.

Constata-se que o Colegiado estadual, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, concluiu que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso III, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto o paciente teria sido flagrado praticando condutas descritas no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 nas imediações do estabelecimento de ensino.

Dessarte, não há como proceder ao afastamento causa especial de aumento de pena. Isso porque a aplicação da majorante foi devidamente fundamentada, com fulcro em elementos probatórios intrínsecos aos autos, consistentes em prova oral e documental (mapa).

Outrossim, cumpre destacar que a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é aplicável se o crime tiver sido praticado nas dependências ou imediações dos locais designados no indigitado preceptivo legal. É dizer, a pena pode ser exasperada em razão da mera proximidade do lugar do cometimento do delito com os locais descritos no referido dispositivo legal.

A título ilustrativo, confira-se o que dispõe o dispositivo em comento, *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;

Nessa linha, ao contrário do que sustenta o impetrante, para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 não é necessária a efetiva comprovação de mercancia especificamente destinada aos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da potencial exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância.

Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MAJORANTE ART. 40, III DA LEI DE DROGAS. IMEDIAÇÕES. DESNECESSIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA COM FREQUENTADORES. ALTERAÇÃO DO CENÁRIO FÁTICO. SÚMULA 7/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. BIS IN IDEM. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE DUPLA VALORAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha sido feito nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessário que a mercancia da droga envolva frequentadores destes locais.

(...)

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1002953/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. MAJORANTE DESCRITA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

3. Para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente de fato atinja, diretamente, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades.

4. Uma vez evidenciado que o tráfico de drogas perpetrado pelo paciente ocorreu nas proximidades de estabelecimento de ensino, deve ser mantida a incidência da causa especial de aumento de pena descrita no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

(...)

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do relator. (HC 338.379/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, ou mesmo de o comércio visava a atingir os estudantes, as pessoas hospitalizadas, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Na espécie, o paciente foi flagrado praticando condutas descritas no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 nas imediações dos estabelecimentos Unidade de Saúde da Família - Dr. Luís Spina e do CEMEI (Centro Municipal de Educação Infantil), restando plenamente justificada a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 359.088/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016)

Nessa vereda, motivada de maneira concreta a aplicação da causa de aumento, não há falar em constrangimento ilegal por ausência de fundamentação.

Em conclusão, saliento que as teses trazidas a exame pelo impetrante caracterizam o indevido intuito de reapreciação fática, assim como de incursão na discricionariedade própria da realização da dosimetria penal. No manejo da ação constitucional, mister levar em consideração a excepcionalidade da interferência na convicção das instâncias de origem, como reportado acima.

Ante o exposto, conheço parcialmente do *writ* e, nesta extensão, **denego a ordem**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0166630-0

HC 407.487 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00167696520148260302 167696520148260302 20160000883931

EM MESA

JULGADO: 07/12/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENATO SIMAO DE ARRUDA
ADVOGADO : RENATO SIMÃO DE ARRUDA - SP197917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAIR DA SILVA JUNIOR (PRESO)

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

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, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, 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.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.