



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.628 - SP (2012/0055410-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ALDECLEVERSON DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDECLEVERSON DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

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

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

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

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

4. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006: "[a] *conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.*" (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

5. Ademais, a teor do entendimento desta Corte, a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação do Paciente à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

6. Incide a causa de aumento de pena constante do art. 40, inciso III, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 11 de março de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.628 - SP (2012/0055410-4)

IMPETRANTE : ALDECLEVERSON DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDECLEVERSON DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor próprio por ALDECLEVERSON DE SOUZA, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação n.º 9219015-03.2009.8.26.0000.

Narra o Impetrante/Paciente que foi condenado, em primeiro grau, como incurso nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n.º 11.343/06, a uma pena de 06 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e pagamento de 1.033 dias-multa.

O Tribunal de origem desproveu o recurso da Defesa e deu provimento ao recurso ministerial, para reconhecer a presença das majorantes previstas no art. 40, incisos III e VI, da Lei n.º 11.343/06 e afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, do mesmo diploma legal, fixando a pena do Paciente em 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.399 dias-multa.

No presente *writ*, alega o Paciente/Impetrante, em resumo, que é primário, de bons antecedentes, possui ocupação lícita e não integra organização criminosas. Assevera, portanto, que estão preenchidos os requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. Aduz, ainda, que o simples fato de sua residência se localizar perto de escola, não autoriza a majoração da pena, pela incidência da causa de aumento de que dispõe o art. 40, inciso III, da supramencionada lei.

Requer, desse modo, a cassação do acórdão impugnado, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau para: a) reconhecer e aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006; e b) afastar as causas de aumento de pena de que trata o art. 40, incisos III e VI, do mesmo diploma legal.

A medida liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fl. 26.

As judiciosas informações foram acostadas às fls. 31/67.

O Ministério Público Federal apresentou parecer às fls. 71/80, opinando pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Às fls. 101/103, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo peticionou nos autos, reiterando os termos da petição inicial do *writ* e alegando que "*A pouca quantidade de droga apreendida, 3 (três) quilos de cocaína, não impede a redução da pena*" (fl. 102).

Os autos foram encaminhados novamente ao Ministério Público Federal, que reiterou os termos do parecer de fls. 71/80.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.628 - SP (2012/0055410-4)

EMENTA

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

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

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

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

4. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006: "[a] *conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.*" (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

5. Ademais, a teor do entendimento desta Corte, a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação do Paciente à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

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

7. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus",



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto **desta** impetração, **não conheceu** da ação de “habeas corpus” lá ajuizada, **por haver entendido** tratar-se de “utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”.

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça **salientou, com apoio** em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, consignou, *in verbis*:

"A doutrina penal representada pelo Prof. Vicente Greco Filho, ao tratar do tema enfocado, nos ensina que a causa de aumento deve ser reconhecida quando houver abrangência de 'área em que poderia facilmente o traficante atingir o ponto protegido em especial, com alguns passos, alguns segundos, ou em local de passagem obrigatória ou normal das pessoas que saem dos estabelecimentos ou a ele se dirigem' (Tóxicos, 14ª edição, 2011, pág.232).

É o caso dos autos, em que os traficantes muito bem organizados, mantinham ponto de venda, em plena via pública próxima da escola estadual, em condições acessíveis e favoráveis para os estudantes obterem drogas.

Nesses termos, devem ser reconhecidas as causas de aumento de pena, como quer o Promotor de Justiça recorrente.

Outro ponto focalizado pelo Ministério Público, consistente no cancelamento do benefício previsto no art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, também merece atenção especial.

A maneira como atuava a organização criminosa e a intensidade dolosa da conduta dos traficantes que foram demonstradas pela expressiva quantidade de drogas armazenadas, ou seja, 03 (três) quilogramas de cocaína, indicam tratar-se de um grupo criminoso de alta periculosidade em nosso meio social.

O Julgador não pode prestigiar o traficante de maior expressão, que se dedica com intensidade exagerada, concedendo benefícios destinados aos pequenos traficantes.

Feitas essas ponderações, cancela-se a incidência do benefício previsto no art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas." (fls. 58/59 - sem grifos no original)

Inicialmente, cumpre anotar que, nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, fará jus à aplicação da minorante nele prevista o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Na hipótese, inaplicável a causa de diminuição de pena, na medida em que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme consignado pelo acórdão combatido, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista que *"A maneira como atuava a organização criminosa e a intensidade dolosa da conduta dos traficantes que foram demonstradas pela expressiva quantidade de drogas armazenadas, ou seja, 03 (três) quilogramas de cocaína, indicam tratar-se de um grupo criminoso de alta periculosidade em nosso meio social."*(fl. 59).

De fato, consoante entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006: *"[a] conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes, exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas"* (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010).

Ademais, a teor do entendimento desta Corte, mantida a condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas, como no caso dos autos, resta inviabilizada a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE.

1. O pedido de absolvição, calcado na insuficiência de provas, não se compatibiliza com a via estreita do habeas corpus, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório.

2. De mais a mais, é de ver que a condenação do paciente foi confirmada em sede de apelação e também na revisional.

3. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, as penas referentes ao crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar de 1/6 (um sexto), considerando a grande quantidade de entorpecentes apreendidos - 200 (duzentos) comprimidos de ecstasy, além de alguns comprimidos de LSD. Assim, não há falar em constrangimento ilegal.

5. De se ver, ainda, que no julgamento do HC-135.632/RJ, impetrado em benefício de corréu, pretensão idêntica fora denegada sob idêntico fundamento.

6. Afora isso, a **presença da condenação pelo delito de associação para o tráfico até mesmo inviabilizaria a incidência da referida minorante, consoante jurisprudência desta Corte.**

7. Entretanto, tratando-se o habeas corpus de meio exclusivo da defesa, não pode haver o agravamento da situação do ora paciente.

8. **Ordem denegada.**" (HC 152.452/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. OG



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FERNANDES, DJe de 16/05/2011; sem grifos no original.)

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO COMETIDOS SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/76. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE O RECORRIDO SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DO MATERIAL FÁTICO/PROBATÓRIO. SÚMULA 7. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Corte Estadual, ao examinar os requisitos do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, concluiu que o recorrido não se dedicava à atividade criminosa. Chegar à conclusão diversa demandaria o revolvimento do material fático/probatório, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

2. No entanto, **tal causa especial de diminuição pena só se aplica aos condenados pelo art. 33, caput, e § 1º da lei nº 11.343/06, excluindo-se, portanto, o crime de associação (art. 35 da nova lei).**

3. Restabelecida a reprimenda da associação para o tráfico (3 anos de reclusão) deve a pena ser substituída por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juiz das execuções.

TRÁFICO DE DROGAS (ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76) E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 1º DA LEI Nº 2.252/54). PRESCRIÇÃO DECLARADA DE OFÍCIO.

1. A prescrição da pretensão punitiva deve ser declarada de ofício, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal.

2. Na espécie, a condenação do recorrido às penas de 1 (um) ano de reclusão, tanto para o tráfico de drogas quanto para a corrupção de menores, já prescreveu, uma vez que a sentença condenatória, último marco interruptivo da prescrição, foi publicada no dia 10 de maio de 2006, decorrendo, portanto, lapso superior a 4 anos, conforme o art. 109, IV c/c art. 115, do Código Penal, o que impõe o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. Prescrição reconhecida de ofício para os crimes de tráfico de drogas e corrupção de menores." (REsp 982.208/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 29/11/2010; sem grifos no original.)

Pugna a Impetração, ainda, pelo afastamento da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06, sob o argumento de que *"o simples fato de a residência do paciente se localizar nas proximidades de uma escola não autoriza o reconhecimento da majorante."*

Contudo, ao contrário do alegado pelo Impetrante, incide a causa de aumento de pena constante do art. 40, inciso III, da Lei de Tóxicos, se o crime tiver sido praticado nos locais designados no aludido dispositivo, ou seja, a pena é elevada exclusivamente em função do lugar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do cometimento da infração.

No caso dos autos, a Corte local asseverou:

"Restou apurado que o menor [...] foi surpreendido, logo após ter recebido a mochila contendo expressiva quantidade de cocaína.

Da mesma forma, também está devidamente comprovado que os apelantes João Alves e Aldecleverson mantinham o ponto de vendas de drogas nas imediações do estabelecimento de ensino estadual, contando com apoio direto de Giliard Boni Delfim.

A participação do menor [...] é fato incontestável, nos autos, assim como a venda de drogas no ponto próximo da escola estadual." (fl. 58)

Veja-se, por oportuno, o teor da norma ora questionada, *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;"

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a simples prática do tráfico de drogas na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, tendo em vista a exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que restou devidamente comprovado que o paciente atuava próximo a um estabelecimento de ensino, pouco importando se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos da escola.

2. Ordem denegada." (HC 181.050/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 19/03/2012)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na escolha do redutor no patamar de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida com o paciente e o fato de ter incidido a majorante referente ao crime ter sido praticado próximo a estabelecimento de ensino.

[...]

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 220.833/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CRIME COMETIDO PRÓXIMO A INSTITUIÇÃO DE ENSINO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NÃO CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, em razão da elevada quantidade e diversidade da droga apreendida 18 (dezoito) porções de maconha e 39 (trinta e nove) papелotes de cocaína, e as circunstâncias evidenciarem que o acusado se dedicava a narcotraficância.

3. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, não se faz necessário comprovar que o tráfico efetivamente atinja o seu público alvo, a saber, os estudantes, bastando que seja praticado nas imediações de estabelecimento escolar.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ.

5. Ordem denegada." (HC 208.928/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 05/09/2011)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, E ART. 35 C/C O ART. 40, INCISO III, TODOS DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 44, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INFRAÇÃO COMETIDA NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA.

I - Se o tráfico, conforme consta do decisum objurgado, ocorria nas imediações de estabelecimento de ensino, escoreita a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 44, inciso III, da Lei nº 11.343/2006.

II- É inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, se foi expressamente reconhecido que o paciente dedica-se à atividade criminosa.

III- In casu, as afirmações da defesa, - no sentido de que a infração não foi cometida nas imediações de escola, não tendo os pacientes intenção de vender droga aos alunos e, outrossim, que um dos pacientes não se dedica à atividade do tráfico-, só poderiam ser comprovadas a partir de ampla dilação probatória, medida incabível na via estreita do habeas corpus (Precedentes) Habeas corpus denegado." (HC 131.089/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 14/09/2009)

Por fim, reconhecida a presença da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, e tendo esta sido aplicada no mínimo legal de 1/6 (um sexto), fica prejudicada a análise da causa de aumento de pena insculpida no art. 40, inciso VI, do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0055410-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 236.628 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2702008 4510120080038062 4672008 92190150320098260000 990092432974

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALDECLEVERSON DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDECLEVERSON DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO
CORRÉU : JOÃO ALVES DOS SANTOS
CORRÉU : AMARO ALVES DA SILVA

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.