



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 345.519 - MG (2015/0317595-5)**

**RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**  
**AGRAVANTE : HYGOR CARLOS SEVERIANO**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA IDADE DA VÍTIMA. QUALQUER DOCUMENTO HÁBIL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

– Julgados de ambas as Turmas que julgam matéria penal nesta Corte têm afirmado que a certidão de nascimento não é o único documento hábil para se aferir a menoridade, basta que haja nos autos qualquer elemento que demonstre de alguma forma a idade do adolescente. Precedentes.

– Pacífico o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que o juiz, na escolha do regime prisional, deve levar em consideração, além de outras circunstâncias, a quantidade e a natureza da substância apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06).

– Agravo regimental desprovido.

### 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 345.519 - MG (2015/0317595-5)

**RELATOR** : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/SP)  
**AGRAVANTE** : HYGOR CARLOS SEVERIANO  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**AGRAVADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/SP):**

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha relatoria, que não conheceu do presente *habeas corpus* sob os seguintes termos:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de HYGOR CARLOS SEVERIANO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação n. 1.0024.13.394022-1/001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado a cumprir pena privativa de liberdade fixada em 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções previstas no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso para reduzir a reprimenda ao patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório. O acórdão restou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS -  
PRELIMINAR REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DOS RÉUS  
ANTERIORMENTE ÀS DEMAIS PROVAS - RITO  
PROCEDIMENTAL DA LEI DE TÓXICOS QUE NÃO FOI  
DERROGADO PELA LEI 11.719/08 - PREJUÍZO NÃO  
DEMONSTRADO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ  
SANS GRIEF* - PREFACIAL REJEITADA - MÉRITO -  
ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ROBUSTEZ DO CONJUNTO  
PROBATÓRIO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS  
- CONDENAÇÃO MANTIDA - DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO  
PREVISTA NO ART. 40, VI DA LEI 11.343/06 - DESCABIMENTO -  
INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO PREVISTO NO §4º DO ART. 33 DA  
LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA -  
VIABILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E  
ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - INVIABILIDADE -  
RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- O art. 400 do Código de Processo Penal, norma legal de caráter geral, determinando o interrogatório do réu como o último ato da instrução, ou seja, posteriormente à oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, não alterou o procedimento especial previsto para os delitos de tráfico, disposto na Lei Federal 11.343/06.

- No processo penal só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo à parte, conforme dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, que materializa a máxima francesa *pas de nullité sans grief*.

- Mostrando-se robusto o conjunto probatório no sentido de demonstrar a materialidade e autoria delitivas bem como a destinação mercantil do entorpecente apreendido, impossível a absolvição do acusado.

- **Restando demonstrado o envolvimento de menor na prática do tráfico de drogas, inviável é o decote da causa de aumento do art.40, VI da Lei de 11.343/06.**

- Comprovada a habitualidade da conduta criminosa do agente, inviável a concessão da benesse prevista no art. 33, §4º, da Lei de 11.343/06.

- O exame deficiente das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP deve redundar na correção pela Instância Superior, impondo-se, se for o caso, a redução da reprimenda.

- A relevante quantidade do entorpecente arrecadado revela a necessidade de maior censura à conduta ilícita, indicando que as penas restritivas substitutivas, assim como a fixação do regime aberto, não são suficientes à reprovação e prevenção do crime (fls 266).

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados.

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega haver constrangimento ilegal decorrente da manutenção da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, não obstante a ausência de documento hábil para comprovar a menoridade do adolescente.

Noutro enfoque, assevera que as circunstâncias judiciais favoráveis, a primariedade do réu e o *quantum* da pena em patamar inferior a oito anos impõem a fixação de regime prisional menos gravoso.

Nesses termos, requer a concessão da ordem, para revisar a dosimetria da pena

Sem pedido liminar e devidamente instruído, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, oportunidade em que o *Parquet* manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 303/312).

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, constate-se a existência de manifesta ilegalidade que implique em ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/09/2014).

Ao proferir decreto condenatório, o magistrado de primeiro



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grau consignou:

(...) demonstrado o envolvimento de menores na prática do delito de tráfico de drogas, mister a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06. Não prospera a pretensão defensiva do decote da causa de aumento de pena, vez que para que incida na conduta delituosa, basta o mero envolvimento do menor nos fatos criminosos. Os adolescentes foram apreendidos em companhia do acusado naquela data, além de figurarem na denúncia anônima.

Entendo que o sentido da Lei 11.343/06 em seu art. 40, VI é a proteção que se quer imprimir à criança e ao adolescente, haja vista que em virtude de terem o discernimento e o caráter em formação, tornam-se alvo de traficantes que, ao se aproveitarem de tais vulnerabilidades, os aliciam para o tráfico e os utilizam como “mulas” para ocultarem o verdadeiro proprietário das drogas.

(...)

Portanto, **flagrado o acusado na companhia dos adolescentes, que o auxiliavam nos atos relativos à venda das drogas, incide a exasperante do art. 40. inc. VI, da Lei 11.343/2006, quanto mais se inexistem dúvidas acerca da menoridade do infante cooptado.**

Ante o exposto, e pelo mais que dos autos conta, julgo procedente a denúncia e dou o acusado HYGOR CARLOS SEVERINO como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, c/c art. 40, inciso VI da Lei nº 11.343/06.

Absolvo-o das sanções previstas no art. 35 da Lei 11.343/06.

Passo à dosagem das penas de conformidade com o artigo 68 c/c o art. 59 do CP.

Quanto à pena do réu em relação ao artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06: CULPABILIDADE: encontra-se presente, eis que imputável e possuidor de potencial consciência da ilicitude de seus atos, sendo-lhe exigida conduta diversa da praticada. ANTECEDENTES: analisada sua Certidão de Antecedentes Criminais, verifica-se que o réu tem antecedentes imaculados. CONDUTA SOCIAL: lhe desfavorece. PERSONALIDADE: desconhecida. MOTIVOS: embora não delineados, referem-se ao ganho fácil. CIRCUNSTÂNCIAS e CONSEQUÊNCIAS: são as inerentes ao tipo legal. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: não há que se falar em contribuição para a prática do ilícito.

Com estas considerações, levando em conta a vasta quantidade de entorpecentes apreendidos, tenho como suficiente à reprovação e prevenção do crime a pena acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Em razão da aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, aumento a pena em 1/6, concretizando-a em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Tendo em vista a menoridade relativa do réu à época dos fatos, reduzo a pena, concretizando-a em 06 SEIS ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 650 (SEISCENTOS E



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CINQUENTA DIAS-MULTA), no valor unitário equivalente a 1/30 avos do salário mínimo vigente ao tempo do fato e monetariamente corrigido quando da execução, em cujo patamar se define, à míngua de circunstâncias legais ou causas especiais para oscilação.

Vejo que, devido às informações prestadas pela autoridade policial e a vasta quantidade de entorpecentes encontrados é possível inferir-se que não se trata o réu de traficante principiante. Portanto, considerando seu evidente envolvimento com o mundo do crime, entendo que o acusado não faz jus à minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

Considerando que a pena aplicada ao réu é superior a quatro anos e sendo o tráfico ilícito de entorpecentes conduta dotada de intensa reprovabilidade, causadora de grandes males à sociedade, deve ser afastada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, assim como o *sursis*, ainda mais quando constatada a sua insuficiência para a reprovação e prevenção do delito, como no caso dos autos, em que o réu já se mostra envolvido com o tráfico de drogas.

**O regime da pena será o inicialmente fechado. A fixação do regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada mostra-se imperativa no caso em apreço. Tenho que as peculiaridades do caso - como a quantidade de droga apreendida - justificam a imposição de regime prisional mais gravoso.** Anote-se que o art. 33 § 3º do CPB dispõe que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo Diploma Legal devem ser observadas quando da determinação do regime inicial de cumprimento da pena, de modo que o *quantum* imposto não constitui fator isolado para fixação do regime, pois se assim o fosse, restariam prejudicadas as funções de repressão e prevenção da reprimenda (sentença, fls. 179/182).

Instado a se pronunciar, o Tribunal *a quo* destacou::

(...)

**Diante de tudo isto, tenho que restou perfeitamente delineada a posse do entorpecente e sua destinação comercial, bem como o envolvimento do menor R M.S.F., cuja menoridade está comprovada na CAM de fl. 102, autorizando a incidência da majorante do art. 40, inciso VI, da lei 11.343/06.** Neste ponto, registro que, o "envolver" previsto no referido artigo da Lei de Drogas significa, apenas, fazer tomar parte, contar com a participação, trazer o menor para o cenário das drogas, sob qualquer pretexto, ainda que o infante já estivesse envolvido com a criminalidade.

(...)

Passo à análise dos pleitos de substituição da pena privativa de liberdade e abrandamento do regime prisional, o que faço sob os ditames do Código Penal.

Na espécie, as circunstâncias do caso concreto demonstram ser inviável a aplicação de pena substitutiva bem



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como o abrandamento do regime prisional.

**A enorme quantidade de entorpecente arrecadado, o fato de o apelante ter envolvido um menor no delito bem como as notícias preterias do envolvimento do agente na mercancia ilícita, são circunstâncias que demandam uma maior censura à conduta ilícita, e revelam, portanto, a insuficiência das penas restritivas para a reprovação e prevenção do crime, assim como a fixação do regime diverso do fechado (acórdão, fls. 277/279).**

Inicialmente, a assertiva de que a idade de uma pessoa somente poderia ser provada mediante prova documental específica (atestado de nascimento), especialmente para fins de incidência da majoração da pena prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, não encontra ressonância na jurisprudência desta Corte Superior, conforme denotam os seguintes julgados, de ambas as turmas que julgam matéria penal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, VI, LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Para fins de incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, a idade do menor corrompido deve ser comprovada por documento hábil, assim considerada não apenas a certidão de nascimento, mas outros documentos oficiais, dotados de fé pública. Precedentes.

2. Rever o entendimento externado pelo Tribunal *a quo*, de que não haveria nos autos qualquer documento hábil a comprovar a menoridade do envolvido, implicaria o necessário reexame do contexto fático probatório, o que não se admite na via do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula n. 7 desta Corte.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 697.575/DF, Rel. **Ministro NEFI CORDEIRO**, **SEXTA TURMA**, julgado em 03/12/2015, DJe 15/12/2015)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 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. DOCUMENTO HÁBIL A COMPROVAR A MENORIDADE. EXISTÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 74/STJ. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. As instâncias ordinárias concluíram, com arrimo nas





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada. 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.

3. O "documento hábil" ao qual o verbete sumular n.º 74/STJ faz alusão não se restringe à certidão de nascimento. Outros documentos dotados de fé pública e, por conseguinte, igualmente aptos para comprovar a menoridade, também podem atestar tal situação jurídica.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 220.897/MG, Rel. **Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA**, julgado em 14/05/2013, DJe 23/05/2013)

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO REFERENTE À DELITO CUJA PRÁTICA ENVOLVE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. DOCUMENTO HÁBIL PARA COMPROVAR A MENORIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 74/STJ. ORDEM DENEGADA.**

1. O acórdão impugnado entendeu pela existência de documentos hábeis a comprovar a menoridade da pessoa que acompanhava o Paciente na empreitada criminosa, dentre eles o Termo de apresentação na Promotoria da Infância e Juventude e a Representação ajuizada na Vara da Infância.

2. A Defesa alega que não ficou comprovado nos autos a menoridade da pessoa que acompanhava o Paciente durante o delito, razão pela qual deve ser afastada, da pena aplicada ao Paciente, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, sob o fundamento de aplicação da Súmula 74 deste Superior Tribunal de Justiça: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil."

3. O documento hábil do qual a Súmula n.º 74/STJ faz referência não se restringe à certidão de nascimento, como defende a impetração. **Outros documentos, dotados de fé pública e, portanto, igualmente hábeis para comprovar a menoridade, também podem atestar a referida situação jurídica, como, por exemplo, o Termo de apresentação na Promotoria da Infância e Juventude e a Representação ajuizada na Vara da Infância.**

4. Ordem denegada.

(HC 146.966/MS, Rel. **Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA**, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011)

Quanto ao regime prisional, o acórdão recorrido está de acordo com o entendimento desta Corte, consolidado no sentido de que o magistrado, na escolha do regime prisional suficiente à reprovação e à prevenção do tráfico de drogas, deve levar em consideração, além de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outras circunstâncias, a quantidade e a natureza da substância apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06), pois, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério do entorpecente, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, notadamente por força do princípio da individualização da pena.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. **REGIME MENOS GRAVOSO** E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. **POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO E NATUREZA DA DROGA.** AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.*

[...]

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em razão do elevado potencial de disseminação e da natureza da droga - 29 porções de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC 281377/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/12/2013, DJe 13/12/2013).

*HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE 3. **MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE (3 TUBETES DE COCAÍNA - 0,9g E 18 PEDRAS DE CRACK - 1,7g). ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO.** SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INADEQUADA. UTILIZAÇÃO DE MENOR NA EMPREITADA CRIMINOSA. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. LIMINAR CASSADA.*

[...]

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33,





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, conquanto a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos. Hipótese em que o acórdão proferido pelo Tribunal a quo destaca a utilização de menor para a empreitada criminosa.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Liminar cassada (HC 274.467/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 4/11/2013).

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.**

[...]

2. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente **(oito pedras de crack)**, bem como as circunstâncias em que perpetrado o delito.

3. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

4. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

5. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente - crack -, substância entorpecente cuja nocividade é maior do que a de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outras drogas, uma vez que dotada de alto poder viciante.

6. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

7. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada (HC 187.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/3/2012, DJe 9/4/2012).

Nesse contexto, não verifico a existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus* (fls. 315/323).

No presente agravo, a Defensoria Pública alega que a jurisprudência desta Corte perfilha entendimento contrário ao Pretório Excelso, no sentido de que "*o reconhecimento da menoridade, para efeitos penais, supõe demonstração mediante prova documental específica e idônea (certidão de nascimento)*" (fl. 335). Nesse sentido, assevera a revisão da dosimetria da pena, desconsiderando a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas.

Noutro enfoque, aduz não serem fundamentação idônea para imposição do regime prisional mais gravoso a quantidade e diversidade da droga apreendida.

Pleiteia, desse modo, a retratação da decisão agravada com concessão da ordem, ou que seja o feito submetido ao colegiado.

É o relatório.

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 345.519 - MG (2015/0317595-5)**

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):**

Não obstante os argumentos apresentados pelo agravante, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Consoante já destacado, ambas as turmas que julgam matéria penal



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nesta Corte têm afirmado que a certidão de nascimento é dispensável para se aferir a menoridade, quando há nos autos outros documentos idôneos a demonstrarem de forma segura a idade do adolescente. Confirmam-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, VI, LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

**1. Para fins de incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, a idade do menor corrompido deve ser comprovada por documento hábil, assim considerada não apenas a certidão de nascimento, mas outros documentos oficiais, dotados de fé pública. Precedentes.**

2. Rever o entendimento externado pelo Tribunal *a quo*, de que não haveria nos autos qualquer documento hábil a comprovar a menoridade do envolvido, implicaria o necessário reexame do contexto fático probatório, o que não se admite na via do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula n. 7 desta Corte.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 697.575/DF, Rel. **Ministro NEFI CORDEIRO**, **SEXTA TURMA**, julgado em 03/12/2015, DJe 15/12/2015)

*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 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. DOCUMENTO HÁBIL A COMPROVAR A MENORIDADE. EXISTÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 74/STJ. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. 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. 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.

**3. O "documento hábil" ao qual o verbeito sumular n.º 74/STJ faz alusão não se restringe à certidão de nascimento. Outros documentos dotados de fé pública e, por conseguinte, igualmente aptos para comprovar a menoridade, também podem atestar tal situação jurídica.**

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 220.897/MG, Rel. **Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, **SEXTA TURMA**, julgado em 14/05/2013, DJe 23/05/2013)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO REFERENTE À DELITO CUJA PRÁTICA ENVOLVE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. DOCUMENTO HÁBIL PARA COMPROVAR A MENORIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 74/STJ. ORDEM DENEGADA.

1. O acórdão impugnado entendeu pela existência de documentos hábeis a comprovar a menoridade da pessoa que acompanhava o Paciente na empreitada criminosa, dentre eles o Termo de apresentação na Promotoria da Infância e Juventude e a Representação ajuizada na Vara da Infância.

2. A Defesa alega que não ficou comprovado nos autos a menoridade da pessoa que acompanhava o Paciente durante o delito, razão pela qual deve ser afastada, da pena aplicada ao Paciente, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, sob o fundamento de aplicação da Súmula 74 deste Superior Tribunal de Justiça: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil."

3. O documento hábil do qual a Súmula n.º 74/STJ faz referência não se restringe à certidão de nascimento, como defende a impetração. **Outros documentos, dotados de fé pública e, portanto, igualmente hábeis para comprovar a menoridade, também podem atestar a referida situação jurídica, como, por exemplo, o Termo de apresentação na Promotoria da Infância e Juventude e a Representação ajuizada na Vara da Infância.**

4. Ordem denegada.

(HC 146.966/MS, Rel. **Ministra LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011)

De igual modo, pacífico o entendimento deste Tribunal Superior, no sentido de que o juiz, na escolha do regime prisional, deve levar em consideração, além de outras circunstâncias, a quantidade e a natureza da substância apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06). A propósito, trago à colação os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

**3. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.**

4. No caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação idônea, qual seja, a diversidade, expressiva quantidade e deletéria natureza dos entorpecentes - 1.250 g de maconha, 677,6 g de crack e 231,8 g de cocaína.

5. Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 340.248/SP, Rel. **Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA**, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Concluído pelo Tribunal a quo, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, 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. 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 de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

**4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 153,12 g (cento e cinquenta e três gramas e**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

doze centigramas) de maconha e 1.050g (um quilo e cinquenta gramas) de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 347.398/SP, Rel. **Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, **SEXTA TURMA**, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016)

Na hipótese dos autos, o agravante foi flagrado trazendo consigo "9 (nove) barras de *Cannabis sativa L.*, pesando 8.890,0g (oito quilogramas e oitocentos e noventa gramas) do entorpecente", razão pela qual as instâncias ordinárias o condenaram a cumprir pena de 5 anos e 10 meses de reclusão inicialmente em regime fechado, em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0317595-5

**AgRg no**  
**HC 345.519 / MG**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024133940221 10024133940221001 24133940221

EM MESA

JULGADO: 15/03/2016

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PACIENTE : HYGOR CARLOS SEVERIANO

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

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : HYGOR CARLOS SEVERIANO  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

#### **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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.