



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 814134 - SP (2023/0114404-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : AMANDA ABOU DEHN E OUTRO
ADVOGADOS : EDNA MARA DA SILVA ABOU DEHN - SP371074
AMANDA ABOU DEHN - SP423741
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THARICK VINICIUS ANDRADE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, III E VI, DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 630/STJ. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. PROXIMIDADE DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. DESNECESSIDADE DE PROVA DA COMERCIALIZAÇÃO PARA FREQUENTADORES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. DUPLA REINCIDÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de Tharick Vinicius Andrade, condenado à pena de 7 anos de reclusão e 699 dias-multa pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006). A defesa sustenta ofensa ao art. 42 da Lei de Drogas, bem como pleiteia a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, ilegalidade na aplicação da causa de aumento de pena pela proximidade de estabelecimento de ensino, além da necessidade de fixação de regime mais brando.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) se é possível a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea; (ii) se a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas foi corretamente aplicada; e (iii) se a fixação do regime inicial fechado foi adequadamente fundamentada.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Não cabe compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, conforme a Súmula 630 do

STJ, uma vez que a confissão deve reconhecer a prática do tráfico, e não apenas a posse para uso próprio.

4. A causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 foi corretamente aplicada, tendo em vista que a proximidade do ponto de tráfico com estabelecimento de ensino foi comprovada por laudo pericial e testemunho de policiais. Conforme jurisprudência consolidada, não é necessária a prova de que o tráfico tenha ocorrido diretamente com frequentadores do local para a aplicação da majorante. A mera proximidade física já é suficiente.

5. A fixação do regime fechado foi devidamente fundamentada, levando em consideração a dupla reincidência do paciente e a quantidade de pena aplicada, em consonância com os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, não havendo ilegalidade na imposição de regime mais gravoso.

IV. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 29 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 814134 - SP (2023/0114404-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : AMANDA ABOU DEHN E OUTRO
ADVOGADOS : EDNA MARA DA SILVA ABOU DEHN - SP371074
AMANDA ABOU DEHN - SP423741
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THARICK VINICIUS ANDRADE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, III E VI, DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 630/STJ. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. PROXIMIDADE DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. DESNECESSIDADE DE PROVA DA COMERCIALIZAÇÃO PARA FREQUENTADORES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. DUPLA REINCIDÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de Tharick Vinicius Andrade, condenado à pena de 7 anos de reclusão e 699 dias-multa pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/2006). A defesa sustenta ofensa ao art. 42 da Lei de Drogas, bem como pleiteia a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, ilegalidade na aplicação da causa de aumento de pena pela proximidade de estabelecimento de ensino, além da necessidade de fixação de regime mais brando.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) se é possível a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea; (ii) se a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas foi corretamente aplicada; e (iii) se a fixação do regime inicial fechado foi adequadamente fundamentada.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Não cabe compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, conforme a Súmula 630 do

STJ, uma vez que a confissão deve reconhecer a prática do tráfico, e não apenas a posse para uso próprio.

4. A causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 foi corretamente aplicada, tendo em vista que a proximidade do ponto de tráfico com estabelecimento de ensino foi comprovada por laudo pericial e testemunho de policiais. Conforme jurisprudência consolidada, não é necessária a prova de que o tráfico tenha ocorrido diretamente com frequentadores do local para a aplicação da majorante. A mera proximidade física já é suficiente.

5. A fixação do regime fechado foi devidamente fundamentada, levando em consideração a dupla reincidência do paciente e a quantidade de pena aplicada, em consonância com os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, não havendo ilegalidade na imposição de regime mais gravoso.

IV. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos (e-STJ fl. 95):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de THARICK VINICIUS ANDRADE em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 1500153-64.2019.8.26.0560).

O paciente foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 680 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, VI, da Lei 11.343/2.006.

O Tribunal a quo deu provimento à apelação do Ministério Público, "a fim de reconhecer a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 e redimensionar a pena para 7 anos de reclusão, mais 699 dias-multa" (e-STJ fl. 19), mantida a condenação nos demais termos.

A impetrante sustenta: a) não subsistir a a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, diante da ausência de "provas nos autos quanto a sua ocorrência" (e-STJ fl. 5); b) ofensa ao art. 42 da Lei 11.343/2.006, uma vez o comando normativo não autoriza a exasperação da pena-base; c) a possibilidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea; e d) fixação do regime de cumprimento de pena mais gravoso sem "fundamentação apta para tanto" (e-STJ fl. 8), conforme inteligência da Súmula 440/STJ, 718 e 719 do STF.

Requer, liminar e definitivamente, deferimento da ordem para que sejam redimensionadas as penas aplicadas ao paciente, bem como abrandado o regime prisional para o meio semiaberto.

É o relatório.

A defesa alega, no presente *habeas corpus*, a existência de constrangimento ilegal, consistente na inidoneidade da fundamentação utilizada para agravar a pena do paciente e para fixar o regime penal mais gravoso.

Requer a concessão da ordem para que a pena seja reduzida e o regime prisional abrandado.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 147-158 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*

(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

*"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)"*

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade, situação que não se verifica de plano na hipótese dos autos, na medida em que o acórdão assim se manifestou acerca da dosimetria:

Quanto às majorantes, insuscetível de acolhida o pedido defensivo de afastamento da causa de aumento referente ao envolvimento do adolescente, uma vez que, como visto acima, patente o envolvimento da menor, independentemente de se tratar ou não de pessoa já inserida profundamente no mundo do crime.

Sim, porque a aludida majorante ostenta natureza eminentemente objetiva, cuja aplicação no caso em concreto depende tão somente da comprovação do envolvimento do adolescente ou do escopo de envolvê-lo, refletindo opção de política criminal no endurecimento da reação estatal ao funesto crime de tráfico de drogas.

[...]

Pela mesma razão, cabe aqui prover o recurso ministerial para incluir a majorante disposta no art. 40, III, pois não só o laudo pericial a fls. 135/139 demonstra que os fatos foram perpetrados nas proximidades de um estabelecimento de ensino, além de entidades sociais, como também o policial Guilherme confirmou tal circunstância.

Destarte, tem-se que a mera proximidade do ponto de venda de drogas com estabelecimentos como os da espécie é suficiente para a caracterização da causa de aumento em referência, sendo dispensável a prova da direta comercialização de entorpecentes com os frequentadores desse local.

[...]

Reclama a defesa a redução da básica ao patamar mínimo; no entanto, assim já foi estabelecida a pena-base na origem, de modo que aqui nada há que se considerar.

Em seguida, refuta-se o pleito de compensação entre a confissão e a reincidência, seja porque, na dicção da súmula nº 630, do Superior Tribunal de Justiça “A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio”, seja porque a recidiva (dupla, como in casu fls. 161/162) é circunstância preponderante, a teor do art. 67, do Código Penal.

Dessa forma, mantém-se a elevação em 1/6 realizada na sentença.

Em seguida, considerando agora a existência de duas majorantes, o recrudescimento deve se distanciar do mínimo, mesmo porque, sopesada a intensidade da causa de aumento perseguida pelo Ministério Público, em função da pluralidade de estabelecimentos de ensino e religiosos, altera-se o quantum de 1/6 para 1/5, perfazendo a

pena final de 07 anos de reclusão, mais 699 dias-multa, no piso legal.

Vale ressaltar que se deixou de aplicar a minorante, como em primeiro grau, dada a reincidência, ponto sequer atacado pela defesa.

O regime inicial fechado era mesmo o único adequado, frente ao cotejo entre o quantum de pena e a dupla reincidência do acusado.

Quanto à primeira etapa da dosimetria, consignou o Tribunal de origem que a pena-base foi fixada no mínimo legal, não havendo se falar em constrangimento ilegal.

No mais, considero que os elementos apresentados pelo Tribunal de origem são idôneos e se encontram de acordo com a jurisprudência desta Corte de Justiça, de forma que inexistente o constrangimento ilegal.

Nos termos da Súmula n. 630 desta Corte: "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio" (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/4/2019, DJe 29/4/2019).

Considerando que o paciente confessou a posse da droga, porém declarou que seria para consumo pessoal, torna-se inviável a aplicação da atenuante.

(AgRg no HC n. 870.440/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/9/2024, DJe de 25/9/2024.)

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE EFETUADA POR GUARDA MUNICIPAL. ATUAÇÃO COMO ATIVIDADE INVESTIGATIVA DESCARTADA. FUNDADA SUSPEITA NA PRÁTICA DE ILÍCITO E FLAGRÂNCIA. JUSTA CAUSA. REGULARIDADE NA ATUAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL. AFASTAMENTO QUE DEMANDA ANÁLISE DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. MAJORANTE. RECONHECIMENTO. IMEDIAÇÕES DE UNIDADE DE ENSINO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA MERCANCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. O Tribunal a quo reconheceu que o delito foi praticado nas imediações de estabelecimento de ensino, o qual, embora estivesse com as atividades presenciais suspensas em razão da pandemia, contava com circulação de funcionários, o que não contraria a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que, **para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, não se exige a demonstração de que a prática delitiva buscava atingir os frequentadores do local ou de suas imediações.** Dessa forma, desimportante se o agente se beneficiou ou não do fluxo de estudantes quando do cometimento do delito.

4. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no REsp n. 2.083.135/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 26/6/2024.)

Quanto ao pedido de exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que "tendo o delito sido cometido nas imediações de estabelecimento de ensino, impõe-se a manutenção da incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.138.631/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022).

Ressalto que é uníssona a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "[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" (AgRg no REsp n. 2.118.260/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024).

A revisão da dosimetria somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (AgRg no REsp n. 2.042.325/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023).

De resto, "[n]ão há ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso sequente, em razão de ostentar o agravante dupla reincidência." (AgRg no HC n. 893.660/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 16/4/2024, DJe de 23/4/2024.)

Dessa forma, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0114404-0

HC 814.134 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15001536420198260560

EM MESA

JULGADO: 27/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMANDA ABOU DEHN E OUTRO
ADVOGADOS : EDNA MARA DA SILVA ABOU DEHN - SP371074
AMANDA ABOU DEHN - SP423741
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THARICK VINICIUS ANDRADE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.