



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 876134 - SP (2023/0448905-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MATHEUS HENRIQUE FRANCO (PRESO)
ADVOGADO : LARA CRISTINA RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP358202
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. TRAFICÂNCIA HABITUAL. HISTÓRICO DE PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL RECENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *Segundo reiterada jurisprudência, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, não é necessária a demonstração da efetiva mercancia nos locais especificados legalmente. Basta que o crime de tráfico de drogas tenha sido perpetrado nas suas imediações.* (HC n. 650.443/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de 28/5/2021)

2. A Terceira Seção desta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.916.596/SP, na sessão de 8/9/2021, adotou o entendimento de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, mediante fundamentação que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração, exatamente como ocorrido na espécie.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 20 de fevereiro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 876134 - SP (2023/0448905-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MATHEUS HENRIQUE FRANCO (PRESO)
ADVOGADO : LARA CRISTINA RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP358202
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. TRAFICÂNCIA HABITUAL. HISTÓRICO DE PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL RECENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *Segundo reiterada jurisprudência, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, não é necessária a demonstração da efetiva mercancia nos locais especificados legalmente. Basta que o crime de tráfico de drogas tenha sido perpetrado nas suas imediações.* (HC n. 650.443/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de 28/5/2021)

2. A Terceira Seção desta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.916.596/SP, na sessão de 8/9/2021, adotou o entendimento de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, mediante fundamentação que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração, exatamente como ocorrido na espécie.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por MATHEUS HENRIQUE FRANCO contra decisão de minha relatoria que não conheceu do *habeas corpus* (e-STJ fls. 56/62).

Consta dos autos que o paciente, ora agravante, foi definitivamente condenado pelo crime de tráfico de drogas à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

No *writ* impetrado nesta Corte Superior, sustenta a defesa a ilegalidade da busca domiciliar, uma vez que o consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento, sendo que além do termo assinado a operação deve ser registrada por áudio e vídeo.

Aponta que o paciente preencheu todos os requisitos para a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico privilegiado).

Assevera, ainda, que a majorante prevista no art. 40, III, da Lei Antidrogas não deveria incidir na espécie.

Requer, liminarmente e no mérito, seja reconhecida a ilicitude da prova obtida mediante invasão de domicílio, com a absolvição do paciente. Subsidiariamente, pleiteia seja afastada a majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e reconhecida o tráfico privilegiado.

O *habeas corpus* não foi conhecido por este Relator, momento em que foi afastado o apontado constrangimento ilegal

No presente regimental, a defesa renova os argumentos apresentados na impetração.

Requer, ao final, seja reconsiderada a decisão agravada ou que o feito seja levado à apreciação do colegiado.

É o relatório.

VOTO

Em que pese o esforço da combativa defesa, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Vejamos (e-STJ fls. 58/62):

Em relação ao pleito de nulidade da busca domiciliar, observa-se que o tema já foi objeto de análise neste Superior Tribunal de Justiça (HC-786.806/SP, DJe de 30/1/2023), o que impede o conhecimento da matéria. Com efeito, "[...] a mera reiteração de pedido, que se limita a reproduzir, sem qualquer inovação de fato e/ou de direito, os mesmos fundamentos subjacentes a postulação anterior, torna inviável o próprio conhecimento da

ação de habeas corpus" (AgRg no HC n. 190.293, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 20/10/2020, DJe 19/11/2020).

Quanto ao segundo ponto da impetração - reconhecimento da majorante do tráfico de drogas (proximidade do local do tráfico com estabelecimentos religiosos e assistenciais) - assim decidiu a Corte de origem (e-STJ fls. 27/29):

Na terceira etapa, no entanto, tem razão o Ministério Público, porque, diante da jurisprudência tranquila dos Tribunais Superiores, no sentido de que a qualificadora tem natureza objetiva, independentemente da existência dessa comprovação, está caracterizada a causa de aumento de pena, principalmente no caso dos autos, diante do relatório de fls. 102/103.

Nesse sentido é a jurisprudência do Col. Supremo Tribunal Federal: "Habeas corpus. Penal. Tráfico de drogas praticado nas imediações de estabelecimento prisional (art. 33 c/c o art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06). Insurgência contra os pressupostos de admissibilidade do recurso interposto perante o Superior Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade de discussão na via do habeas corpus. Precedentes. Afastamento da causa de aumento de pena do art. 40, inciso III, da Lei de drogas. Impossibilidade. Constatação de comercialização de drogas nas imediações de estabelecimento prisional. Motivo hábil que autoriza a incidência da causa de aumento da pena. Irrelevância de o agente infrator visar os frequentadores daquele local. Precedentes. Ordem denegada. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está sedimentada na impossibilidade do uso do habeas corpus para se reexaminarem os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 2. A aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 se justifica quando constatada a comercialização de drogas nas imediações de estabelecimentos prisionais, sendo irrelevante se o agente infrator visa ou não os frequentadores daquele local. Precedentes. 3. Ordem denegada".(HC 138944/SC Segunda Turma, Min. Dias Toffoli, j. 21/03/2017, DJe03/08/2017).

E também do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE AUMENTO. INCIDÊNCIA. COMETIMENTO DO CRIME NAS IMEDIAÇÕES DE ESCOLA. COMPROVAÇÃO. REQUISITO SUFICIENTE PARA MAJORAÇÃO DA PENA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA- STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Para a incidência da causa de aumento prevista no art.40, III, da Lei n. 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que o tráfico se dava naquelas entidades ou que a mercancia se destinava a seus frequentadores, bastando apenas que o crime seja cometido em suas imediações, conforme comprovado pelo laudo pericial. Precedentes." (AgRg no HC 488.403/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 8/4/2019).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EMRECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. ART. 226 DO CPP. AUSÊNCIA DEPREQUESTIONAMENTO. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. REINCIDÊNCIA DEVIDAMENTE RECONHECIDA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. AGRAVO REGIMENTAL

NÃOPROVIDO. (...) 4. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, para a imposição da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, basta que o tráfico de drogas tenha ocorrido nas proximidades de qualquer dos estabelecimentos descritos na norma, sendo prescindível a comprovação de que o comércio de entorpecentes visava atingir estudantes ou qualquer frequentador dos locais indicados no referido preceito (HC n. 164.414/RS, Rel. Ministro GURGELDE FARIA, Quinta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 8/9/2015). Precedentes.5. No presente caso, em atenção à jurisprudência desta Corte Superior e considerando que o Tribunal local reconheceu que o tráfico foi praticado nas proximidades de uma escola, justificada a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006. Ademais, para se concluir que o tráfico não fora realizado perto de escola, exige-se o reexame de fatos e provas, procedimento que é vedado pela Súmula 7/STJ.6. Agravo regimental não provido". (AgRg no AgRg no AREsp 2011458/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 18/03/2022).

*Nota-se que o entendimento da Corte local está em harmonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, pois **A majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, quando se refere ao tráfico nas proximidades de hospitais e escolas, é de natureza objetiva, bastando que o agente tenha consciência desta situação geográfica. Não se exige, portanto, que o sujeito ativo do delito almeje especificamente vender a droga aos frequentadores da instituição** (ut, AgRg nos EDcl no REsp n. 1.854.478/SC, Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 29/3/2021). (AgRg no REsp n. 1.998.746/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022).*

Nesse sentido o seguinte julgado da 6ª Turma:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CARÁTER OBJETIVO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/2006. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Segundo reiterada jurisprudência, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, não é necessária a demonstração da efetiva mercancia nos locais especificados legalmente. Basta que o crime de tráfico de drogas tenha sido perpetrado nas suas imediações.

2. Em razão da sua natureza objetiva, é desinfluyente para a incidência da majorante em questão o fato de o local da apreensão das drogas ser a residência do Paciente.

3. "Concluído pelas instâncias ordinárias, com fundamento nas provas colhidas nos autos, que a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes ocorreu nas proximidades dos locais previstos no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, a pretensão de afastá-la demanda o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do habeas corpus" (STJ, AgRg no HC 576.920/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020).

4. Ordem de habeas corpus denegada. (HC n. 650.443/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de

28/5/2021)

Quanto o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que o legislador, ao editar a Lei Antidrogas, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, consequentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

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

Na espécie, a Corte de origem, ao afastar o benefício do tráfico privilegiado ao paciente, disse o seguinte (e-STJ fls. 30/31):

Em seguida, a despeito da primariedade, não era mesmo possível a aplicação da regra prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que é evidente que o réu estava envolvido e se dedicava à atividade criminosa.

Afinal, registrava ato infracional por ato equiparado ao tráfico de drogas (processo nº 1500807-89.2021.8.26.0557) e, além disso, a variedade de entorpecente indica envolvimento em tráfico de larga escala, o que torna mesmo recomendável o afastamento do benefício legal, que deve ser reservado para aqueles traficantes eventuais, que, ao contrário do acusado, não fazem do crime seu meio de vida.

Nesse sentido já se decidiu:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ. 2. Como é consabido, para a incidência da minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é necessário o preenchimento dos requisitos legais previstos no dispositivo, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação às atividades criminosas e não integração à organização criminosa. 3. A existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou Maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1560667/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017).

Na hipótese, a negativa da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 está fundada na presença de anotação contemporânea da prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, o que denota a dedicação do agente à atividade delitiva.

No ponto, prevaleceu na Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, para fins de consolidação jurisprudencial, o entendimento no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação

idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração (EREsp n. 1.916.596/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe de 4/10/2021). Precedentes: AgRg no AREsp n. 2.162.666/SP, Relator Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 11/9/2023; AgRg no HC n. 808.981/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023; AgRg no HC n. 805.787/SP, Relator Ministro MESSOD AZULAY NETO, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 23/8/2023; AgRg no HC n. 815.812/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 22/5/2023; AgRg nos EDcl no HC n. 789.013/SP, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 11/5/2023.

Nesse contexto, verificada a presença de contemporaneidade entre os ato infracional referenciado no acórdão, que envolve a prática de tráfico de drogas, não é possível desconstituir a conclusão da Jurisdição ordinária sobre a dedicação do acusado à atividade criminosa e, por conseguinte, reconhecer a causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

Assim, não há como reconhecer o apontado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, não conheço do presente habeas corpus.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0448905-7

**AgRg no
HC 876.134 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15033253620228260066 22906142022

EM MESA

JULGADO: 20/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LARA CRISTINA RODRIGUES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LARA CRISTINA RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP358202
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS HENRIQUE FRANCO (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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MATHEUS HENRIQUE FRANCO (PRESO)
ADVOGADO : LARA CRISTINA RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP358202
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.