



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 563634 - SP (2020/0047070-0)

**RELATOR** : MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : FREDERICO TEUBNER DE ALMEIDA E MONTEIRO - SP236799  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CARLOS EDUARDO DA SILVA COURA (PRESO)  
**CORRÉU** : VICTOR ALMEIDA DA SILVA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado em favor de **CARLOS EDUARDO DA SILVA COURA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c o 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante que o reconhecimento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas exige a comprovação de que a atividade ilícita visava os frequentadores dos estabelecimentos legalmente protegidos ou de que se valia da proximidade para incremento do comércio espúrio, o que não ocorreu na hipótese.

Sustenta que a quantidade de entorpecente não constitui elemento idôneo para afastar o redutor do tráfico privilegiado, sobretudo por ser ínfimo o montante apreendido, ser o paciente primário e de bons antecedentes.

Aduz que o regime mais gravoso foi estabelecido com amparo na gravida abstrata e na hediondez do delito, em contrariedade às Súmulas 718 e 719 do STF. Defende a aplicação da permuta legal.

Requer, assim, o afastamento da majorante do art. 40, III, e a incidência da minorante do art. 33, § 4º, ambos da Lei n. 11.343/2006, bem como a fixação do regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 59).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 67-76).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para reconhecer o redutor do tráfico privilegiado, determinando que o Juízo da origem decida acerca da fração de incidência, do regime e da substituição da pena (e-STJ, fls. 109-116).

#### É o relatório.

Decido.

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

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, ratificou a pena fixada na sentença condenatória, em decisão assim motivada:

"Dosimetria

As bases de ambos partiram do piso - 5 anos de reclusão e 500 dias-multa -, porque consideradas normais as circunstâncias judiciais.

Na intermediária, ausentes agravantes. Não é caso de reconhecimento da confissão de VICTOR, porquanto parcial e incompleta - falseou a verdade à medida que refutou o tráfico, afirmando ser mero usuário- aplicando-se a Súmula/STJ, nº 630 - 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. Mesmo que assim não fosse, estaria prejudicada, nos termos da Súmula/STJ, nº 231 e REnº 597.270 RE-QO, do STF - julgado, com repercussão geral reconhecida, em 26/3/09-, que impede a fixação das bases aquém dos mínimos, assim como a referente à sua menoridade relativa.

Na derradeira, mantém-se a causa de aumento do art. 40, III, na fração de 1/6, 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, pois comprovado pelo laudo de fls. 103/106 que o delito foi praticado nas imediações de uma creche (160m) e de um Centro de Referência de Assistência Social (240m). Ainda nesta etapa, não era mesmo o caso de incidência da minorante da Lei nº 11.343/06, art. 33,§ 4º, cuja razão, como já assentou o STJ, é justamente punir com menos rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 (REsp1341280/MG, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 29/09/2014).

[...]

Por isso, para a aplicação da redução são exigidos,além da primariedade e dos bons antecedentes, que não integre organização criminosa ou se dedique a atividades delituosas.

No caso, a despeito da primariedade,as particularidades - apreensão de quantidade significativa de entorpecentes, 58,82g de maconha -, aliada ao encontro de petrecho (balança de precisão) e numerário (cuja origem lícita não foi esclarecida), são evidentes indicadores de dedicação a atividades criminosas, até porque ninguém consegue considerável volume de drogas, sem se valer de organizações criminosas, podendo-se concluir,desta forma, que fazem do ilícito seu modo de vida, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo" (e-STJ, fls. 49-51).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Em relação ao afastamento da causa de aumento, a impetração não deve ser conhecida.

Este Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária a comprovação da efetiva mercancia da droga aos frequentadores dessas localidades.

Ademais, se a instância ordinária reconheceu, 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 fim de fazer incidir a majorante em questão, 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*.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese em que as instâncias de origem, após uma minuciosa análise, concluíram que as provas são suficientes para demonstrar que o paciente tinha conhecimento da origem ilícita do objeto, destacando a apreensão em seu poder. A afirmativa de que eventual desconhecimento da origem dos bens deveria ser comprovado pela Defesa não constitui inversão do ônus da prova. Precedentes.

2. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância.

3. Ordem denegada."

(HC 421.829/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/6/2018, DJe 27/6/2018);

"[...]

CRIME COMETIDO NAS PROXIMIDADES DE ESCOLAS E IGREJAS. CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO III DO ARTIGO 40 DA LEI 11.343/2006. MAJORANTE DE NATUREZA OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE QUE O TRÁFICO ERA PRATICADO NAS REFERIDAS INSTITUIÇÕES OU QUE OS ENTORPECENTES SE DESTINAVAM AOS SEUS FREQUENTADORES.

1. A jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de que a causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006 possui natureza objetiva, não sendo necessária a efetiva comprovação do tráfico nas entidades nela mencionadas, ou mesmo que o comércio proscrito destina-se a atingir os seus frequentadores, bastando que o crime tenha sido cometido em locais próximos a tais estabelecimentos, o que afasta a coação ilegal suscitada na impetração.

2. Na hipótese em apreço, a autoridade impetrada manteve a incidência da referida causa com base em laudo que atestou que o local dos fatos era próximo a 3 (três) igrejas e a 2 (duas) escolas, afastando-se, assim, a coação ilegal suscitada na impetração.

[...]

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena cominada ao paciente para 7 (sete) anos e (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 733 (setecentos e trinta e três) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado."

(HC 443.828/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/6/2018, DJe 20/6/2018).

Quanto ao redutor do tráfico privilegiado, melhor sorte socorre ao impetrante.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC

401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

No caso dos autos, observa-se que a instância antecedente afastou a incidência da minorante, por entender que a quantidade do entorpecente - 2 porções de maconha (58,82g) e a apreensão de balança de precisão e de R\$ 60,75, em espécie, denotam o envolvimento do paciente com o comércio espúrio.

Entretanto, de uma análise atenta dos autos, verifica-se que não há elementos suficientes que comprovem o envolvimento habitual do acusado com o tráfico de entorpecentes, e, embora os parâmetros descritos no art 42 da Lei de Drogas sejam considerados como elementos idôneos para se modular a causa de redução da pena, segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, verifica-se que o *quantum* de drogas apreendidas - 2 porção de maconha (58,82 g) - não é suficiente para se inferir a dedicação do paciente ao comércio espúrio, sobretudo por ser primário e de bons antecedentes.

Assim, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do acusado à atividade criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

Confirmam-se os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Ainda que o *crack* tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1044533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017);

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não declinaram elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no *quantum* de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar máximo, sendo a reprimenda final inferior a 4 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções."

(HC 395.574/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA,

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Nas fases iniciais, a pena foi estabelecida em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, a qual majoro em 1/6, pela incidência do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da referida norma, reduzo na fração de 2/3, resultando a pena definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 194 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, também assiste razão ao impetrante.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Estabelecida a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o suficiente e adequado para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.

3. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes é fundamentação idônea para justificar a vedação da substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 44, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Na hipótese, constata-se que, o Tribunal *a quo* fundamentou a vedação da substituição da pena por restritiva de direitos com base na gravidade concreta do delito, revelada pela variedade de drogas apreendidas.

*Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena."

(HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017).

Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

[...]

3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Com base no julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

5. Hipótese em que a sentença, mantida pelo acórdão que julgou a apelação, referiu-se apenas à gravidade abstrata do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. O *quantum* da condenação (1 ano e 8 meses), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem à paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, além da substituição por restritiva de direitos.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 377.765/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator