

**HABEAS CORPUS Nº 528.851 - SP (2019/0249970-0)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**IMPETRANTE : DOUGLAS TEODORO FONTES E OUTROS**

**ADVOGADOS : DOUGLAS TEODORO FONTES - SP222732**

**MARCELO LEAL DA SILVA - SP268285**

**FRANCIELI FAZAN GARCIA - SP394830**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE : IRACY DA SILVA LIMA**

**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### **RELATÓRIO**

#### **O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**IRACY DA SILVA LIMA** alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0004242-23.2018.8.26.0664).

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A defesa busca, por meio deste *writ*, seja: a) proclamada a absolvição da paciente, com fulcro no art. 386, VI, do CPP; b) afastada a majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas; c) aplicada a minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; d) fixado regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

A liminar foi indeferida e, diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus e, caso conhecido, pela denegação da ordem.

**HABEAS CORPUS Nº 528.851 - SP (2019/0249970-0)**

**EMENTA**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTE. ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação da acusada pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a sua absolvição, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos.

2. Uma vez que, no Direito Penal incriminador, não se admite a analogia *in malam partem* e porque a hipótese dos autos (tráfico de drogas cometido em local próximo a igrejas) não foi contemplada pelo legislador no rol das majorantes previstas no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, deve ser afastada a causa especial de aumento de pena em questão.

3. Não há como ser reconhecida a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas aos acusados possuidores de maus antecedentes.

4. As peculiaridades do caso concreto (maus antecedentes, quantidade e natureza da droga, bem como circunstâncias em que praticado o delito) justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

5. Ordem parcialmente concedida, para afastar a majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas e, por conseguinte, reduzir a reprimenda da paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

**I. Impossibilidade de absolvição**

A Corte de origem, ao manter a conclusão de que ficou devidamente caracterizada a prática do crime descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, assim fundamentou (fls. 787-788):

[...] diante do conjunto probatório formado, pela natureza das drogas apreendidas (cocaína na forma de crack), pela forma de seu acondicionamento (em porções individuais, prontas para a entrega a consumo de terceiros), pelo local onde se deu a abordagem policial (alvo de denúncias anônimas), pela investigação policial realizada com base em diversas comunicações anteriores, confirmada por campanhas em que se verificou o fornecimento de drogas por parte de Edvaldo a terceiros, naquele mesmo imóvel, pela reação de Iracy (que, ao notar a presença policial, avisou o marido e, ainda, evadiu-se do local posteriormente) e de Jailton (ao saber da aproximação dos agentes, dispensou parte da droga pelo vaso sanitário e outra pela janela do banheiro), bem como pelas demais circunstâncias da apreensão da droga, **é de rigor a manutenção das condenações dos acusados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 11.343/06, art. 33, caput)**, não havendo que se falar em absolvição, tampouco em desclassificação da conduta para o crime previsto no artigo 28, caput, da Lei de Drogas.

Pelos trechos anteriormente transcritos e, sobretudo, pela leitura atenta da sentença condenatória e do acórdão impugnado, verifico que as instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de **elementos concretos e coesos** a ensejar a condenação da acusada pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006).

Por essas razões, mostra-se inviável a sua absolvição, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado

nos autos.

Dessa forma, para entender-se pela absolvição da paciente, seria necessário o **revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos**, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do habeas corpus.

## **II. Majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006**

O Tribunal de origem, ao dar provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, considerou devida a incidência da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, com base nos seguintes argumentos (fl. 788):

No mesmo sentido, respeitado o entendimento do MM Juízo *a quo*, também não há que se falar em afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, **haja vista o laudo pericial positivo para essa causa de aumento, pois o tráfico fora cometido nas imediações dos estabelecimentos indicados no diploma.**

Vale ressaltar que a incidência da aludida majorante não está condicionada à comprovação de que os agentes visassem a atingir os frequentadores dos estabelecimentos discriminados no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, bastando a prática do tráfico ilícito de entorpecentes nas suas dependências ou imediações. Afinal, tal proximidade enseja maior ofensa ao bem jurídico tutelado, em virtude do maior afluxo de pessoas que acessam os locais indicados, contribuindo para a propagação do nefasto consumo de entorpecentes.

Ademais, há inequívoca maior reprovabilidade da conduta típica, que enseja danos à saúde, em proximidade a locais aos quais as pessoas convergem justamente em busca de atividades desportivas, cuidados com saúde, lazer, educação, trabalho, reabilitação etc.

[...]

Dessa forma, considerando que **o local dos fatos era próximo aos estabelecimento “Igreja Universal do Reino de Deus” e “Igreja da Família”, conforme croqui de fls. 48**, de rigor a aplicação da referida causa de aumento, conforme pleiteado pela Acusação.

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcrevo, por oportuno, o enunciado no referido dispositivo legal, *in verbis*:

# Superior Tribunal de Justiça

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

III - a infração tiver sido cometida **nas dependências ou imediações** de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

[...]

Certo é que este Superior Tribunal possui o entendimento de que, "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. [...]" (HC n. 407.487/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 15/12/2017).

Vale dizer, segundo a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., **sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades**.

No entanto, o croqui de fl. 48 a que fez alusão a Corte estadual (aqui juntado à fl. 78) evidencia que, nas imediações do local dos fatos, havia duas **igrejas, estabelecimentos que, no entanto, não se enquadram em nenhum dos locais previstos pelo legislador no referido inciso**.

Decerto, a razão de ser dessa causa especial de aumento de pena em questão é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais especificados no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, **dada a maior aglomeração de pessoas**, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da citada lei), justamente porque, **em localidades como tais, é mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização policial**,

**além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares.**

A corroborar essa interpretação, menciono o magistério de Guilherme de Souza Nucci, segundo o qual a incidência da majorante em comento justifica-se pelo fato de que, "quanto maior for a aglomeração de pessoas, mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga" (*Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 282).

No mesmo norte, cito a doutrina de Renato Brasileiro Lima, segundo o qual "a justificativa para a existência desta majorante diz respeito à enorme facilidade de disseminação do consumo de drogas nesses locais em virtude da maior concentração de pessoas, o que acaba por representar maior risco à saúde pública." (*Legislação Criminal Especial Comentada*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 793).

No entanto, não há como se olvidar que, "Em matéria penal, por força do princípio da reserva legal, **não é permitido, por semelhança, tipificar fatos que se localizam fora do raio de incidência da norma**, elevando-os à categoria de delitos. No que tange às normas incriminadoras, as lacunas, porventura existentes, devem ser consideradas como expressões da vontade negativa da lei. E, por isso, incabível se torna o processo analógica. Nestas hipóteses, portanto, não se promove a integração da norma ao caso por ela não abrangido" (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 48, destaquei).

Na mesma linha, assinala Cezar Roberto Bitencourt que "O recurso à analogia não é ilimitado, sendo excluído das seguintes hipóteses: a) *nas leis penais incriminadoras* – como essas leis, de alguma forma, sempre restringem a liberdade do indivíduo, é inadmissível que o juiz acrescente outras limitações além daquelas previstas pelo legislador." (*Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 258).

Assim, caso o legislador quisesse punir de forma mais gravosa também o fato de o agente cometer o delito **nas dependências ou nas imediações de igreja, teria feito expressamente**, assim como fez em relação àquele que pratica o crime nas dependências ou nas imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de

reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.

Registro que não desconheço a existência de julgados deste Superior Tribunal, inclusive da Sexta Turma, que reconheceram a incidência da majorante em questão nos casos de tráfico de drogas perpetrado em locais próximos ou nas imediações de igreja.

Exemplificativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS REALIZADO PRÓXIMO A IGREJA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que o objetivo da lei, ao prever a causa de aumento de pena do inc. III do art. 40, é proteger espaços que promovam a aglomeração de pessoas, circunstância que facilita a ação criminosa. De acordo com os autos, o local onde era praticado o tráfico de drogas ficava próximo a duas igrejas (AgRg no AREsp 1028605/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 10/8/2018).

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.810.121/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 27/2/2020).

No entanto, firme na compreensão de que, no Direito Penal incriminador, não se admite a analogia *in malam partem*, não vejo como se inserir no rol das majorantes também o fato de o agente haver cometido o delito nas dependências ou nas imediações de igreja. Assim, porque a hipótese dos autos não foi contemplada pelo legislador, **deve ser afastada a majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas.**

### **III. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

Em relação à pretendida aplicação da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, verifico não assistir razão à defesa, haja vista a vedação expressa da concessão desse benefício aos acusados possuidores de **maus antecedentes**, tal como salientou o Tribunal de origem (fl. 791).

### **IV. Nova dosimetria**

Em razão do afastamento da majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, deve ser realizada a nova dosimetria da pena. Na primeira fase, a reprimenda-base ficou estabelecida em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda etapa, não há nenhuma agravante ou atenuante. Na terceira fase, também não há nenhuma causa de aumento ou de diminuição, motivo pelo qual **fica a reprimenda da ré definitivamente estabelecida em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.**

#### **V. Regime inicial de cumprimento de pena**

A Corte de origem manteve a imposição do regime inicial **fechado** de cumprimento de pena, com base nos seguintes argumentos (fls. 793-794):

No caso dos autos, a devida reprovabilidade das condutas dos acusados, concretamente aferidas dos elementos dos autos, não permite o abrandamento dos regimes prisionais. Veja-se que, para além da reincidência de Jailton e Edvaldo, que por si só conduziriam ambos à imposição do regime mais gravoso, **a má antecedência de Iracy, além das circunstâncias da apreensão do entorpecente e a conduta reprimida (evidenciada, sobretudo, pela quantidade e natureza das drogas apreendidas ao todo, 38.5 g de cocaína, em forma de crack, em porções individuais, em local já conhecido pelos policiais como possível ponto de tráfico, além da apreensão de isqueiros, plásticos e a quantia de R\$ 210,00, em dinheiro, tudo a evidenciar a ampla gama de usuários visados pela atuação criminosa dos três acusados) colocam em perigo grande número de consumidores e torna acessíveis drogas de efeitos extremamente deletérios a pessoas que àquelas não teriam alcance se encontrassem maior dificuldade em sua aquisição, o que demonstra a intensidade da violação do bem jurídico protegido, e evidencia a necessidade da adequada resposta penal [...]**

Sobre a matéria posta em discussão, faço lembrar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas

apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, conforme visto, a Corte de origem justificou a manutenção do regime inicial mais gravoso com base, justamente, nas **peculiaridades do caso concreto (maus antecedentes, quantidade e natureza da droga, bem como circunstâncias em que praticado o delito)**. Portanto, em homenagem ao **princípio do livre convencimento motivado**, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo feito pelo Tribunal de origem para modificar o regime de cumprimento de pena estabelecido à acusada.

#### **VI. Dispositivo**

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, para afastar a majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas e, por conseguinte, reduzir a reprimenda da paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.