RECURSO ESPECIAL Nº 1.792.072 - SP (2019/0016270-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	G M O DOS S
ADVOGADO	:	VAGNER PERES DOS SANTOS LOBO E OUTRO(S) - SP270962

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à apelação do *Parquet*, para condenar o recorrido como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei n. 10.826/2003, à pena de 1 ano de detenção, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 dias-multa.

Consta nos autos que o recorrido foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006 e no 12 da Lei n. 10.826/2003, em concurso material, porque trazia consigo, para entrega de consumo a terceiros, 3 porções de maconha (pesando 2 gramas) e guardava outras 25 porções (pesando 30,52 gramas) em sua casa, onde também foram apreendidas 7 munições de arma de fogo calibre 12 mm, 1.968 eppendorfs plásticos vazios, 7 rolos pequenos de filme plástico, uma algema e 3 telefones celulares.

Sobreveio sentença que o absolveu do delito previsto no artigo 12 da Lei n. 10.826/2003 e o condenou à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais 166 dias-multa pela prática do delito de tráfico de drogas. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos.

Em grau de apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o réu também por incurso no artigo 12 da Lei n. 10.826/2003, à pena de 1 ano de detenção, em regime inicial aberto, e 10 dias-multa, substituída a sanção corporal por uma restritiva de direitos.

Nas razões do presente apelo nobre, o *Parquet* alega violação do artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e divergência jurisprudencial, sustentando que, ao contrário do firmado no aresto objurgado, o dispositivo tem caráter objetivo, e depende exclusivamente da proximidade dos estabelecimentos para que incida a causa de aumento.

Afirma que não há exigência de se comprovar que o réu pretendesse alcançar as pessoas que frequentam os locais indicados no dispositivo, pois basta a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos elencados para que incida a causa de aumento.

Requer, ao final, o provimento do recurso especial para se aplicar a causa de aumento do artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ, fls. 394/402), após o juízo prévio de admissibilidade, os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo provimento do inconformismo (e-STJ, fls. 413/417).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca do tema trazido à discussão, assim decidiram o juízo de primeiro

grau e a Corte *a quo, litteris*:

> ***Ainda que o acusado tenha sido preso próximo a estabelecimento de ensino, entendo ser inviável a majoração da pena do réu tão somente em razão da localização geográfica da entidade, pois não há elemento seguro que indique que o acusado se valia dessa proximidade para praticar o delito. Não há, portanto, elementos a demonstrar que a traficância de drogas praticada pelo réu tivesse como alvo as pessoas que porventura frequentassem tal estabelecimento.*** *(e-STJ, fl. 265).*
>
> *Contudo, apesar da proximidade do local da abordagem com os estabelecimentos de ensino, não era caso de aumentar a pena pelo inciso III do artigo 40 da Lei n. 11.343/06.*
> ***O fato de haver estabelecimento elencado no referido dispositivo, nas imediações do local onde apreendido o entorpecente, por si só, não tem o condão de majorar a pena. Teria de haver prova de que o réu estava se valendo dessa proximidade para vender drogas, o que não ficou demonstrado com a certeza necessária nos autos,*** *já que, no contraditório, enquanto o policial Leandro disse que o acusado oferecia droga a alunos, na viela onde abordado, Luiz Alberto relatou que o réu estava sozinho quando da abordagem, na porta da escola.*
> *Ademais, a denúncia não descreve essa conduta de oferecimento de drogas (ou venda efetiva) a estudantes.*
> *Frise-se, comprovada a traficância, é provável que assim procedesse, mas, como dito, não há prova firme nesse sentido e a conduta não foi descrita na denúncia, mencionando-se, apenas, a proximidade entre o local da abordagem e as escolas.* (e-STJ, fls. 345/346).

Verifica-se, pois, que as instâncias de origem decidiu que não era caso de aumentar a pena pelo inciso III do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006, diante da ausência de comprovação de que o réu estava se valendo dessa proximidade para vender drogas.

Sobre o assunto, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que *"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 164.414/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 8/9/2015).

A propósito, os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.

CAUSA DE AUMENTO DA PENA. ART. 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/2006. INFRAÇÃO COMETIDA NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO EM UMA MADRUGADA DE DOMINGO. AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO DE UMA AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS À ATIVIDADE CRIMINOSA. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. AFASTAMENTO DA MAJORANTE.

*1. **A causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 tem natureza objetiva, não sendo necessária a efetiva comprovação de mercancia na respectiva entidade de ensino, ou mesmo de que o comércio visava a atingir os estudantes, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações do estabelecimento.****

2. A razão de ser da norma é punir de forma mais severa quem, por traficar nas dependências ou na proximidade de estabelecimento de ensino, tem maior proveito na difusão e no comércio de drogas em região de grande circulação de pessoas, expondo os frequentadores do local a um risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância.

3. Na espécie, diante da prática do delito em dia e horário (domingo de madrugada) em que o estabelecimento de ensino não estava em funcionamento, de modo a facilitar a prática criminosa e a disseminação de drogas em área de maior aglomeração de pessoas, não há falar em incidência da majorante, pois ausente a ratio legis da norma em tela.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1.719.792/MG, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. MERCANCIA PRATICADA EM LOCAL PRÓXIMO A ESTABELECIMENTO DE ENSINO. APLICAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

*1. **Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, basta que o comércio ilícito de entorpecentes seja realizado nas proximidades de estabelecimento de ensino, sendo dispensável a comprovação de que a distribuição/venda de drogas visava atingir estudantes ou qualquer outro frequentador de tal instituição.***

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.582.732/MG, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017).

Dessarte, estando o acórdão recorrido em confronto com a jurisprudência desta Sodalício, merece amparo a insurgência ministerial.

Sendo assim, necessário o reconhecimento da causa de aumento da pena relativa à traficância nas imediações de estabelecimento de ensino, com o redimensionamento da reprimenda aplicada.

Portanto, observados os parâmetros estabelecidos pelas instâncias ordinárias, a sanção básica fica fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa e,

considerando o reconhecimento da causa de aumento da pena do artigo 40, III, da Lei Antidrogas, a pena fica acrescida em 1/6, resultando no apenamento de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Na terceira fase, fica mantida a redução pelo tráfico privilegiado, no patamar de 2/3, tornando-se a pena definitiva em **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 194 dias-multa,** mantidas as demais disposições do acórdão.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se provimento ao recurso especial** para fazer incidir a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei de Drogas e redimensionar a reprimenda, nos termos acima expostos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator