AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.223.070 - ES (2017/0324750-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	SANDIANE DAVILA PEREIRA
AGRAVANTE	:	SANDRIELIO HERCULES PEREIRA
AGRAVANTE	:	THIAGO LUIZ LIMA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO

Trata-se de agravos interpostos por **SANDIANE DAVILA PEREIRA, SANDRIELIO HERCULES PEREIRA** e **THIAGO LUIZ LIMA** contra decisões que não admitiram os recursos especiais ofertados de acórdão do Estado do Espírito Santo, que negou provimento aos apelos defensivos e manteve a condenação dos recorrentes, pelo delito de tráfico de drogas.

Nas razões dos recursos especiais, alega a defesa violação dos arts. 59 e 68 do Código Penal, do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, e dos arts. 33, § 4º, e 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta, em suma, a ausência de fundamentação válida no aumento das penas-base.

Aduz que a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 não deve incidir no presente caso, uma vez que o que se pretende proteger com a citada majorante é a integridade das pessoas que frequentam os lugares definidos no referido artigo e, na hipótese, o fato se deu em horário em que não havia mais pessoas no campo de futebol.

Quanto aos recorrentes Sandiane e Sandrielio, afirma-se, ainda, que o Tribunal de origem, ao permitir a aplicação do art. 42 da Lei n.º 11.343/06 na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena, acabou por incorrer em *bis in idem*.

Por fim, aduz que o recorrente Thiago faz jus à causa de diminuição de pena no § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas, uma vez que não há provas concretas que comprovem que o réu se dedicava à prática de atividades ilícitas.

Requer, assim, a redução das penas-base, a desconsideração da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 412-417; 418-423 e 424-429).

Os recursos foram inadmitidos (e-STJ, fls. 431-438; 439-446 e 447-454).

Contraminutas apresentadas (e-STJ, fl. 483-487; 488-492 e 493-496).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial provimento dos recursos, a fim de que a quantidade e ou natureza da droga apreendida seja utilizada apenas em uma das etapas da dosimetria da pena (e-STJ, fls. 512-518).

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

No tocante à pena-base, o acórdão recorrido encontra-se fundamentado nos seguintes termos:

> "No que tange à dosimetria verifico que o magistrado *a quo* fixou as **penas-base em seis (6) anos e oito (8) meses de reclusão**, considerando em desfavor dos acusados, nos termos do art. 42, da Lei n° 11.343/2006 a natureza da droga apreendida (*crack*), o que considero razoável, ante a preponderância do citado dispositivo legal." (e-STJ, fl. 297; grifos no original)

Como é cediço, a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, contudo, 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 estabelecidos na dosimetria.

Adotado o sistema trifásico pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem considerou a natureza da droga apreendida (*crack*), para majorar a pena-base em 1/3, ou seja, para fixá-la em 6 anos e 8 meses de reclusão.

Contudo, embora tenha sido utilizado os critérios do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 para o agravamento da sanção básica, o índice de aumento adotado mostra-se desproporcional, pela simples aferição negativa da natureza da droga, sobretudo quando foram apreendidas apenas **8,9g de *crack* e 4,0g de maconha**, e houve a análise favorável das demais circunstâncias judiciais.

Nesse contexto, a pena-base deve ser afastar em 3 meses do mínimo legal, montante este suficiente e adequado à reprovação da conduta delitiva.

Em decisões similares, este Superior Tribunal de Justiça já procedeu ao redimensionamento da pena-base reconhecendo a desproporcionalidade no aumento.

Vejamos:

> "[...]
> DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> 1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.
> 2. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade dos estupefacientes apreendidos, encontra-se devidamente justificada, contudo, em *quantum* desproporcional,

> impondo-se o redimensionamento.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício tão somente para redimensionar a pena-base imposta."
> (AgRg no AREsp 936.212/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 30/8/2017).
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. Embora a natureza e a quantidade de drogas apreendidas constituam, de fato, elementos preponderantes a serem considerados na dosimetria da pena (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) e não obstante a natureza de uma das substâncias - crack - seja, realmente, dotada de alto poder viciante, a quantidade de substâncias encontradas com o acusado não foi excessivamente elevada, de maneira que se mostra manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado, apenas a natureza de uma das drogas para justificar a exasperação da pena-base - fixada, aliás, no patamar de 8 anos de reclusão.
> 2. A redução da pena-base por este Superior Tribunal não se traduz em inobservância ao princípio do livre convencimento motivado, mas em controle de legalidade e de constitucionalidade dos critérios empregados pelas instâncias ordinárias na dosimetria da pena, bem como em correção - perfeitamente possível em recurso especial - de uma evidente discrepância na reprimenda imposta ao recorrido.
> 3. A apreensão de certa quantidade de drogas, em contexto como o dos autos, é inerente ao próprio crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, até porque o delito em questão exige, para fins de comprovação da sua materialidade, a apreensão de droga e a realização de laudo toxicológico definitivo.
> 4. Uma vez que o agente era tecnicamente primário ao tempo do delito, teve a pena-base fixada no mínimo legalmente previsto e foi condenado a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.
> 5. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 875.891/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 22/09/2017)

No tocante à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de origem assim entendeu:

> "A divergência apontada cinge-se, como visto, na ocorrência de 'bis in idem' na fundamentação da fixação da pena-base e da fração aplicada pelo MM. Juiz 'a quo'.
> Compulsando a sentença condenatória, extrai-se que da análise das circunstâncias judiciais, o douto magistrado considerou, fundamentadamente, a **natureza** da droga, em observância ao disposto no art. 42, da Lei de Drogas, para majorar a pena-base dos embargantes; enquanto que, para aplicar o patamar de 1/6 (um sexto) referente a causa de diminuição do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, fundamentou com base na **quantidade e variedade** do entorpecente apreendido.

> Com efeito, tendo o magistrado motivado separadamente a natureza na primeira fase dosimétrica, e a quantidade, na terceira fase, não há que se falar, na configuração de "bis in idem".
> [...]
> Ademais, como é cediço, a fixação do grau redutor arrima-se no prudente arbítrio do magistrado, mediante dados concretos capazes de revelar a necessidade de um maior ou menor abrandamento da reprimenda imposta.
> Assim, tendo o juiz sentenciante entendido que a redução da pena imposta em 1/3 (um terço) era o necessário para punir a recorrente, estando ela de acordo com as provas produzidas nos autos e devidamente fundamentada, não há o que se reformar." (e-STJ, fls. 361-363)

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 delituosas ou integrarem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, 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).

Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem considerou a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos (21 porções de *crack*, pesando **5,2 gramas**; 1 pedra de *crack*, pesando **3,7 gramas** e 4 porções de maconha, pesando **4,0 gramas**) para modular o índice da minorante (1/3).

Contudo, à míngua de elementos probatórios que denotem ser os recorrentes **SANDIANE** e **SANDRIELIO** habituais na prática delitiva ou que integrem organização criminosa, e uma vez certificada a primariedade e os bons antecedentes de ambos, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima (2/3), porque, em verdade, ao contrário do firmado, é inexpressividade a quantidade de entorpecentes apreendidos (8,9g de *crack* e 4,0g de maconha).

A propósito, cito o seguinte julgado:

> "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 1.044.533/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017);

Em relação ao recorrente **THIAGO**, o juiz sentenciante deixou de aplicar a referida causa de diminuição de pena sob o fundamento de que o acusado "responde a outras demandas criminais, não sendo possível, portanto, a aplicação do beneficio em seu favor." (e-STJ, fl. 156)

Por sua vez, o Tribunal de origem manteve afastada a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 nos seguintes termos:

> "[...] quanto ao acusado Thiago, ainda que a condenação existente em se desfavor não seja apta para configuração da reincidência ou de maus antecedentes, é possível verificar a sua dedicação a atividades ilícitas, o que, por si só, veda a concessão da benesse.
> Ressalta-se, por fim, que o denominado "tráfico privilegiado" visa o abrandamento da reprimenda nos casos em que a prática ocorre de modo eventual, isolado. A sua aplicação às hipóteses de habitualidade desvirtua o escopo legislativo." (e-STJ, fl. 301)

Dessa forma, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o recorrente **THIAGO** se dedica a atividade criminosa, a alteração desse entendimento encontra óbice no Enunciado Sumula n. 7 desta Corte, pois "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (AgRg no AREsp 1.006.890/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017; (REsp 1.391.929/RJ, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016).

Ademais, vale lembrar que a existência de outros processos criminais contra o acusado, **ainda que sem condenação transitada em julgado**, embora não possa configurar maus antecedentes (Súmula 444/STJ), pode permitir o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, quando evidenciar se tratar de um agente habitual na prática delitiva, como no caso em apreço (e-STJ, fls. 93-95).

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE IN CASU. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE JUSTIFICA A IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO E A IMPOSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base,

consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal.
Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.
2. "A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes" (AgRg no HC n. 340.902/SP, Rel.
Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2017, DJe 16/3/2017).
3. Agravo regimental a que se nega provimento."
(AgRg no REsp 1678417/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO RECORRENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ERESP N.º 1.431.091/SP. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DESTA RELATORA. DEMAIS PLEITOS PREJUDICADOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça. 2. "Embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constitui circunstância apta, em princípio, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas, salvo hipóteses excepcionais" (HC 358.417/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 03/10/2016).
Ressalva do entendimento desta relatora.
3. Agravo regimental a que se nega provimento."
(AgRg no AREsp 1.110.385/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 18/09/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS CONTIDOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA

> DE OFENSA À SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.
> 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.
> 2. Hipótese em que, além da quantidade de droga apreendida, há depoimento testemunhal dando conta da intensa movimentação de pessoas no imóvel do agravante, assim como notícia do registro de duas condenações por porte ilegal de arma de fogo e outros dois processos em curso pelos delitos de homicídio tentado e consumado, o que comprovam sua habitualidade delitiva, impedindo a aplicação do benefício legal em apreço.
> 3. O Superior Tribunal de Justiça tem reiterados julgados de que a revaloração jurídica dos fatos incontroversos descritos no acórdão recorrido não afronta o entendimento contido na Súmula 7 desta Corte, segundo o qual é vedado o reexame da matéria fático-probatória dos autos (Precedentes).
> 4. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no REsp 1.632.740/MG, de minha relatoria, julgado em 02/05/2017, DJe 08/05/2017).

Quanto à aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, melhor sorte não assiste à defesa.

No ponto, a sentença condenatória encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

> "O Ministério Público requereu a aplicação da presente causa especial de aumento de pena, alegando que **o acusado praticou o delito nas proximidades do campo de futebol do bairro Olívio Zanotelli**. De acordo com o referido dispositivo *"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;"*
> **Verifica-se no dispositivo legal acima reproduzido, que o incremento da reprimenda ocorre quando o agente pratica o crime na dependência ou nas imediações de locais destinados à atividades recreativas e esportivas , além de outros estabelecimentos ali definidos.**
> **No caso dos autos, os depoimentos colhidos na audiência de instrução e julgamento são suficientes à incidência da causa de aumento de pena em voga, porquanto os policiais ouvidos sustentaram que os acusados praticavam o crime de tráfico nas imediações do campo de futebol.**
> Outrossim, conforme entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, incide a causa de aumento de pena constante do

> artigo 40, III, da Lei de Drogas tão só por ter sido o crime praticado nos locais designados no aludido dispositivo, ou seja, a pena é elevada exclusivamente em função do lugar do cometimento da infração, tendo em vista a exposição de pessoas ao riscoinerente à atividade criminosa.
> Desta forma, aplico a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/2006 em desfavor dos acusados." (e-STJ, fl. 158)

Por sua vez, o Tribunal de origem manteve a referida majorante em acórdão assim fundamentado:

> "Na terceira fase dosimétrica, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4°, da Lei de Drogas foi aplicada para os réus Sandiane Davila Pereira e Sandrielo Hércules Pereira na fração de um terço (1/3), justificando o juiz de primeiro grau na quantidade de entorpecente apreendido (oito gramas e nove decigramas de crack e quatro gramas de maconha).
> No entanto, a sua utilização nesta fase acarreta *bis in idem*, de forma que entendo que deve ser alterada para o patamar máximo de dois terços (2/3), bem como foi aplicada, **acertadamente, para todos os acusados, a majorante do art. 40, inc. III, do mesmo diploma legal, na fração mínima de um sexto (1/6), uma vez que o delito foi praticado próximo ao campo de futebol do bairro**." (e-STJ, fl. 298; sem grifos no original)

Como se vê, o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça que tem posicionamento consolidado no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/2006, é suficiente que o tráfico de drogas tenha sido praticado nas imediações dos locais especialmente protegidos pela norma, sendo desnecessário que a mercancia tenha como alvo os frequentadores destes estabelecimentos.

Confiram-se 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 1719792/MG, Rel. 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 1582732/MG, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017)
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. A prática do delito de tráfico de drogas na proximidade de estabelecimentos elencados no inciso III, do art. 40, da Lei n.º 11.343/06, (instituição de ensino) já é suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessária a prova de que o ilícito visava atender aos frequentadores desses locais.
> 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.349.357/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 30/04/2014).

Passo, assim, a readequação das penas dos recorrentes.

SANDIANE DAVILA PEREIRA e **SANDRIELIO HERCULES PEREIRA:**

As penas-base ficam estabelecidas em 5 anos e 3 meses de reclusão, e 525 dias-multa, em razão da natureza da droga apreendida. Na segunda fase, não existem circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, fixo a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, restando a reprimenda

em **1 ano e 9 meses de reclusão e 175 dias-multa**. Mantém-se, ainda, em 1/6, a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, tornando as penas definitivas em **2 anos e 15 dias de reclusão e 204 dias-multa**, no regime inicial **semiaberto**, conforme fixado pelas instâncias ordinárias.

THIAGO LUIZ LIMA

A pena-base fica estabelecida em 5 anos e 3 meses de reclusão, e 525 dias-multa, em razão da natureza da droga apreendida. Na segunda fase, incide a atenuante da confissão, razão pela qual a pena resta fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na terceira fase, mantém-se a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, tornando se a pena definitiva em **5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa**, no regime inicial **semiaberto**, conforme fixado pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, VIII, do Código de Processo Civil de 2015, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, **conheço** dos agravos de **SANDIANE DAVILA PEREIRA** e **SANDRIELIO HERCULES PEREIRA** para dar parcial provimento aos recursos especiais, a fim de reduzir as penas-base e aplicar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, restando as penas definitivas em **2 anos e 15 dias de reclusão e 204 dias-multa**, mantido o regime inicial **semiaberto**; e, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b" do RISTJ, **conheço** do agravo de **THIAGO LUIZ LIMA** para **dar parcial provimento** ao recurso especial a fim de reduzir a pena-base, redimensionando a pena para **5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa**, mantido o regime inicial **semiaberto**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator