RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.129 - SP (2019/0060094-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	THIAGO DO NASCIMENTO COSTA (PRESO)
ADVOGADO	:	GERSON NEVES PORTO - SP110430

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra acórdão do Tribunal de Justiça local que deu parcial provimento ao apelo defensivo para afastar a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 1.343/06 e reconhecer o tráfico privilegiado, redimensionando a pena do recorrido para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, substituída a reprimenda corporal por restritiva de direitos.

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea "c" do permissivo constitucional, alega a parte recorrente divergência jurisprudencial em relação à aplicação da causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas. Sustenta que a referida causa de aumento deve incidir independentemente da comprovação de que o tráfico visava frequentadores dos locais elencados no dispositivo legal.

As contrarrazões foram apresentadas (e-STJ fls. 339/343).

Manifestação do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 371/372).

É o relatório. **Decido**.

O recurso merece acolhida.

Sobre a incidência da causa de aumento do art. 40, III, "d", da Lei n. 11.343/06, o Tribunal de origem assim se manifestou:

> *Nada a considerar na segunda etapa, na terceira fase da dosimetria, foi aplicada a*

> *causa de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei de Drogas. A esse respeito, anoto que é de rigor o afastamento da majorante em questão quando não existem provas de que o agente se favorecia da proximidade do estabelecimento de ensino ou entidade recreativa para praticar a mercancia ilícita, não se verificando, assim, qualquer vínculo entre a conduta delitiva e os mencionados estabelecimentos.*
>
> *Anoto que, sempre respeitado o entendimento da digna Magistrada sentenciante, a despeito de o ponto de tráfico estar localizado em local próximo a estabelecimento de ensino, não restou comprovado, nos autos, qualquer vínculo ou mesmo vantagem de tal localização para o delito praticado. Assim, as penas retornam ao mínimo legal.* (e-STJ fls. 284/285)

A partir do trecho cima transcrito, pode-se observar que o entendimento do Tribunal de origem está em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior assente no sentido de que a prática do delito de tráfico de drogas nas proximidades de estabelecimentos de ensino (art. 40, III, da Lei 11.343/06) enseja a aplicação da majorante, sendo despicienda a prova de que o ilícito visava atingir os frequentadores desse local (*ut*, AgRg no REsp 1558551/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 19/09/2017)

Nessa mesma linha:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N.º 11.343/06. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE BATALHÃO DA POLÍCIA MILITAR. COMPROVAÇÃO DE MERCANCIA NO REFERIDO LOCAL. DESNECESSIDADE. PROXIMIDADE. SUFICIÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PACIENTE REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.*
>
> *1. Hipótese em que a Corte de origem concluiu, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto*

> *fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.*
>
> *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****. Na espécie, o paciente foi flagrado praticando condutas descritas no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 nas imediações de Batalhão da Polícia Militar, restando plenamente justificada a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas.*
>
> *3. Fixada a reprimenda corporal em 4 anos e 2 meses de reclusão e, tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.*
>
> *4. Ordem denegada.* (HC 407.667/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/09/2017)

Diante do exposto, necessária a realização de nova dosimetria da pena.

Mantendo-se os cálculos realizados pelo Tribunal de origem, mas fazendo incidir a causa de aumento do art. 40, III, "d' , da Lei de Drogas, na fração de 1/6 (um sexto), fica a pena estabelecida em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Ante o exposto, a teor do art. 932, V, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial para reconhecer a causa de aumento do art. 40, III, "d", da Lei n. 11.343/06, redimensionando a pena do recorrido para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator