

RECURSO ESPECIAL Nº 1.801.634 - SP (2019/0066493-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MAYCON DOUGLAS DO PRADO
ADVOGADO : LUCAS DE GODOY - SP363663

DECISÃO

Trata-se de recurso especial em face de acórdão que deu parcial provimento à apelação.

Sustenta o Ministério Público contrariedade ao art. 59 do CP, alegando que *o trânsito em julgado de condenação em data posterior ao início da ação penal em curso deve ser levado em consideração para efeito de maus antecedentes e reprovável conduta social, autorizando a fixação da pena-base acima do mínimo legal* (fl. 307).

Também aduz violação do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, ao entendimento de que, *para o reconhecimento da causa especial de aumento prevista no artigo 40, III, da Lei nº 11.340/2006, basta a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos elencados no dispositivo em questão, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais* (fl. 308). Acena com dissídio jurisprudencial.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que haja *a cassação do v. acórdão de fls. 258/269, restabelecendo-se a r. sentença de fls. 177/183* (fl. 338).

Contrarrazoado, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

Dessume-se que, em primeiro grau, o ora recorrido foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006, à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 700 dias-multa.

O Tribunal *a quo*, por seu turno, deu parcial provimento à apelação defensiva para afastar os maus antecedentes e a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da mencionada lei, aplicando, por consequência, a minorante do tráfico privilegiado e reduzindo, ao final, as penas do acusado a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 166 dias-multa.

Transcrevo, por oportuno, os fundamentos do acórdão combatido (fls. 264-268):

[...], não ficou configurada a causa especial de aumento pena, prevista

no artigo 40, inciso III, da "Lei Antitóxicos". A mera circunstância de ter sido apreendida as drogas em poder do réu, nas proximidades de estabelecimento de ensino, Unidade de Saúde e Templo religioso, por si só, não induz ao reconhecimento do aludido fator de exasperação. Ressalta-se que, embora tenha sido referida a presença de tais locais (cf. fls. 56/59), nada mais se fez para comprová-la. Não se deve, no particular, alargar tanto o alcance da lei de repressão ao narcotráfico, sob pena de se cometer uma injustiça. Salienta-se que a causa especial em comento deve incidir quando houver prova concreta de que o agente se encontra em atitude própria de comercialização de drogas naqueles locais ou ao menos em suas cercanias. As causas de aumento previstas no referido artigo não são objetivas, exigindo-se o nexo da relação de traficância com as pessoas freqüentadoras do estabelecimento de ensino, da Unidade de Saúde e do Templo religioso. Nenhum aluno daquele estabelecimento de ensino e freqüentadores da Unidade de Saúde e da Igreja Católica mencionados foi arrolado como testemunha ou estivera presente na ocasião dos fatos, a fim de se comprovar que fosse consumidor captado entre os alunos e freqüentadores do estabelecimento de ensino, Unidade de Saúde e da Igreja Católica, de modo que não se tem a certeza de que o público alvo do traficante fossem aquelas pessoas.

Com relação às penas, não que ser alteradas, devendo ser provido, em parte, o recurso defensivo. **As básicas foram fixadas acima dos mínimos legais, ou seja, seis (06) anos de reclusão e pagamento de seiscentos (600) dias-multa, em razão dos maus antecedentes (cf. certidão de fls. 175/176). Ocorre que referida certidão retratada uma condenação anterior; contudo, com trânsito em julgado posterior aos presentes fatos, não podendo ser utilizada como maus antecedentes, sendo o réu, apenas, tecnicamente primário. Assim, fixam-se as básicas nos mínimos legais, ou seja, cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa.** Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes genéricas a serem consideradas. Ressalta-se que não houve a incidência da confissão espontânea do réu, pois negou a autoria delitiva em Juízo. **Na terceira fase, afastada a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, conforme justificativa anteriormente descrita; deve ser provido o recurso no que pertine ao direito à redução das reprimendas, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, uma vez que ele é tecnicamente primário, inexistem provas de que se dedique a outras atividades ilícitas ou faça parte de organização criminosa, na fração de dois terços (2/3), levando-se em conta a pequena quantidade de drogas apreendidas; tal redução, se mostra suficiente e representa uma resposta penal proporcional ao delito cometido, finalizando-as em um (01) ano e oito (08) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa.**

Embora o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão proferida em julgamento de um habeas corpus, tenha reconhecido a inconstitucionalidade de parte dos artigos 33, parágrafo 4º, e 44, caput, da Lei nº 11.343/06, para afastar a vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Informativo nº 598, Título Tráfico Ilícito de

Superior Tribunal de Justiça

Entorpecentes e Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos 13, Processo HC 97256) e o Senado Federal tenha cumprido a sua função constitucional (art. 52, inciso X, da Constituição Federal) ao decretar a suspensão da execução de parte do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, em sua expressão que rezava "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", certo é que Maycon Douglas do Prado não preenche o requisito de ordem subjetiva prevista no artigo 44, inciso III, do Código Penal para o alcance da referida benesse. Além disso, as penas restritivas somente substituem a pena privativa de liberdade quando suficientes para a prevenção e repressão do crime, levando em conta, entre outros fatores, a conduta social e a personalidade do condenado (art. 44, III, do CP). É indubitoso que não se pode ter como boas a conduta social e a personalidade de agente condenado por tráfico de entorpecente. A medida não é socialmente recomendável e a benesse só daria ao delinqüente o sentido da impunidade, o que deve ser evitado.

O regime inicial fechado deve ser afastado e fixado o regime semiaberto, com base nas circunstâncias que lhe foram favorável para a aplicação do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, presentes, ainda, as demais condições favoráveis (réu primário, sem antecedentes desabonadores) justifica-se e recomenda-se que o acusado inicie o cumprimento da pena corporal em regime inicial intermediário, em que se submeterá a uma fiscalização ostensiva, apesar de poder exercer atividade laboral que o auxiliará na sua reintegração social com menor risco. Posteriormente, preenchidos os requisitos necessários, poderá obter outro regime, menos rigoroso, no Juízo da execução penal.

Como é consabido, via de regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

No caso, o acórdão recorrido afastou o incremento da pena-base ao entendimento de que a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorrer em data posterior ao início da ação penal em curso, não pode ser levado em consideração para efeito de maus antecedentes.

Tal entendimento não se harmoniza com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, lastreando a exasperação da pena-base. Confira-se:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
HOMICÍDIO QUALIFICADO. DIVISÃO DE TEMPO NO PLENÁRIO**

Superior Tribunal de Justiça

DO JÚRI. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO E AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. ADOÇÃO DE UMA DAS TESES SUSTENTADAS PELAS PARTES. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA. QUALIFICADORA SOBEJANTE UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE. ADMISSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Incabível a alegação de cerceamento de defesa, pois, além da necessidade de reexame probatório para fins de identificação acerca de qual período ficou estipulado entre cada causídico, não se constata prejuízo com a divisão do tempo. 2. Existindo elementos de prova que permitam aos jurados a adoção de uma das teses sustentadas pelas partes, descabe a anulação do julgado por decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

3. Esta Corte Superior firmou-se no sentido de que a condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, lastreando a exasperação da pena-base.

4. Legítima a exasperação da pena-base pelos motivos e circunstâncias do crime, com base na presença de qualificadoras sobejantes, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Não há falar em ofensa à proporcionalidade, diante do quantum da pena aplicado na origem, correspondente a 6 anos acima do mínimo legal pela existência de 3 vetoriais negativas, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito previsto no art. 121, § 2º, I, III e IV, do CP.

6. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1317251/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 25/06/2019).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES, QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ARGUIDA DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO WRIT. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do habeas corpus, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

2. Conforme orientação jurisprudencial desta Corte, "A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado" (AgRg no AREsp n.º 1.073.422/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017.)

3. A "quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos aptos a ensejar a exasperação da pena-base, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta" (AgRg no AREsp 674.735/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

4. Inexistindo patente ilegalidade na análise do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 e do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à prudente discricionariedade do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via estreita do habeas corpus.

5. Não há constrangimento ilegal na fixação de regime inicial mais gravoso, tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que permitiu a fixação da pena-base acima do mínimo legal, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. Ordem de habeas corpus denegada (HC 471.443/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 11/03/2019).

Destarte, deve ser restabelecida a majoração da pena-base, afastando-se, por consequência, a minorante do art. 33, § 4º, da lei de drogas, tendo em vista que a existência de maus antecedentes afasta, de plano, a concessão da causa especial de redução da pena.

Outrossim, no que se refere à majorante, verifico que o acórdão recorrido é contrário à jurisprudência desta Corte, que se orienta no sentido de que a prática do delito de tráfico de drogas nas proximidades de qualquer dos estabelecimentos previstos no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 enseja a aplicação da majorante, sendo despicienda a prova de que o ilícito visava atingir os frequentadores desse local. Nesse sentido:

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 11.343/06. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. 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.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1558551/MG, Rel.

Superior Tribunal de Justiça

Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 19/09/2017).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. MAJORANTE DESCRITA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

[...]

3. 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 de fato atinja, diretamente, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades.

4. Uma vez evidenciado que o tráfico de drogas perpetrado pelo paciente ocorreu nas proximidades de estabelecimento de ensino, deve ser mantida a incidência da causa especial de aumento de pena descrita no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

[...]

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do relator (HC 338.379/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016).

No caso, conforme esclarecido na sentença condenatória, *o laudo pericial de fls. 57/60 não deixa dúvida de que a Unidade de Saúde da Família Jardim Alto dos Ypês se situa dentro do raio de 300 metros do local onde ocorreu a prisão do acusado* (fl. 181), de forma que deve ser restabelecida a causa de aumento de pena do art. 40, III, da lei de drogas, conforme fixado na sentença.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.

Publique-se.

Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 1º de outubro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

