



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2440937 - SP (2023/0306600-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MAICON SILVA DE FARO SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VICTOR LUIZ OLIVEIRA DA PAZ - DEFENSOR PÚBLICO - BA033512
FELIPE AMORIM PRINCIPESSA - DEFENSOR PÚBLICO - SP271727
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : AKIRA VICENTE DE ANDRADE

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESVALOR DA NATUREZA DA DROGA. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA E MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELO TRÁFICO PRÓXIMO A ESCOLA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE SEM MODIFICAÇÃO DA PENA FINAL. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão que manteve a condenação do recorrente por tráfico de drogas, com exasperação da pena-base em razão da natureza da droga (crack), do afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado e da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, pela proximidade de estabelecimento de ensino. O recorrente pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da redutora do tráfico privilegiado e o afastamento da causa de aumento.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) se a exasperação da pena-base em razão da natureza da droga foi adequadamente fundamentada, considerando a quantidade apreendida; (ii) se o afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado foi correto diante dos maus antecedentes do recorrente; e (iii) se a aplicação da causa de aumento pelo tráfico próximo a estabelecimento de ensino foi justificada, mesmo sem comprovação de mercancia direta a estudantes.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A exasperação da pena-base com fundamento na natureza da droga (crack) foi afastada, uma vez que a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos (10g de maconha e 35g de crack) não justifica, por si só, a majoração da pena-base. A jurisprudência desta Corte reconhece que, para exasperação da pena-base, a quantidade de drogas apreendida deve ser significativa, o que não ocorreu no caso concreto.

4. O afastamento da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas foi correto, considerando os maus antecedentes do recorrente, que impedem a concessão do benefício do tráfico privilegiado, em consonância com a jurisprudência do STJ.

5. A causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, foi corretamente aplicada, pois a mera proximidade física do local do tráfico com uma escola é suficiente para a incidência da majorante, independentemente de o crime ter ocorrido em período de férias ou de a droga ter sido comercializada diretamente para alunos, conforme precedentes desta Corte.

6. Redimensiona-se a pena-base, afastando-se o desvalor da natureza da droga, com redução da pena-base para 5 anos e 5 meses de reclusão e 540 dias-multa. Na segunda fase, compensam-se a atenuante da menoridade relativa com os maus antecedentes, resultando em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na terceira fase, mantida a causa de aumento, a pena final permanece em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, em regime fechado.

IV. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR O DESVALOR DA NATUREZA DA DROGA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE, SEM MODIFICAÇÃO DA REPRIMENDA FINAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 29 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2440937 - SP (2023/0306600-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MAICON SILVA DE FARO SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VICTOR LUIZ OLIVEIRA DA PAZ - DEFENSOR PÚBLICO - BA033512
FELIPE AMORIM PRINCIPESSA - DEFENSOR PÚBLICO - SP271727
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : AKIRA VICENTE DE ANDRADE

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESVALOR DA NATUREZA DA DROGA. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA E MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELO TRÁFICO PRÓXIMO A ESCOLA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE SEM MODIFICAÇÃO DA PENA FINAL. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão que manteve a condenação do recorrente por tráfico de drogas, com exasperação da pena-base em razão da natureza da droga (crack), do afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado e da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, pela proximidade de estabelecimento de ensino. O recorrente pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da redutora do tráfico privilegiado e o afastamento da causa de aumento.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) se a exasperação da pena-base em razão da natureza da droga foi adequadamente fundamentada, considerando a quantidade apreendida; (ii) se o afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado foi correto diante dos maus antecedentes do recorrente; e (iii) se a aplicação da causa de aumento pelo tráfico próximo a estabelecimento de ensino foi justificada, mesmo sem comprovação de mercancia direta a estudantes.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A exasperação da pena-base com fundamento na natureza da droga (crack) foi afastada, uma vez que a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos (10g de maconha e 35g de crack) não justifica, por si só, a majoração da pena-base. A jurisprudência desta Corte reconhece que, para exasperação da pena-base, a quantidade de drogas apreendida deve ser significativa, o que não ocorreu no caso concreto.

4. O afastamento da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas foi correto, considerando os maus antecedentes do recorrente, que impedem a concessão do benefício do tráfico privilegiado, em consonância com a jurisprudência do STJ.

5. A causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, foi corretamente aplicada, pois a mera proximidade física do local do tráfico com uma escola é suficiente para a incidência da majorante, independentemente de o crime ter ocorrido em período de férias ou de a droga ter sido comercializada diretamente para alunos, conforme precedentes desta Corte.

6. Redimensiona-se a pena-base, afastando-se o desvalor da natureza da droga, com redução da pena-base para 5 anos e 5 meses de reclusão e 540 dias-multa. Na segunda fase, compensam-se a atenuante da menoridade relativa com os maus antecedentes, resultando em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na terceira fase, mantida a causa de aumento, a pena final permanece em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, em regime fechado.

IV. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR O DESVALOR DA NATUREZA DA DROGA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE, SEM MODIFICAÇÃO DA REPRIMENDA FINAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violados os seguintes dispositivos: arts. 59, *caput*, 33, §2º, *b* e *c*, §3º, 49 e 59, todos do Código Penal; e arts. 42, 33, §4º, e 40, II, todos da Lei de Drogas, pleiteando pena-base no mínimo legal, aplicação da redutora do tráfico privilegiado e afastamento da causa de aumento pelo fato do delito ter sido praticado próximo a escola.

No acórdão impugnado, a dosimetria da pena imposta na primeira instância foi assim confirmada (e-STJ fls. 264-266):

Em apertada síntese, Maicon foi condenado, por incurso no artigo 33, caput, c. c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa mínimos, porque trazia consigo 1 porção de maconha (10g) e 82 porções de crack (35g) para entregar a terceiros.

Pois bem.

Não se apuram as máculas apontadas no v. Acórdão, que, mormente quanto à exasperação da pena-base e inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, bem como em relação à fixação do regime prisional, a conclusão pela manutenção da r. sentença se encontra devidamente fundamentada, de forma clara e concatenada. Vejamos:

"A natureza do entorpecente apreendido, crack, revela especial reprovabilidade delitiva, já que tal substância tem alto poder viciante e destrutivo à saúde humana, em relação a outros entorpecentes sobre cuja comercialização recai a mesma conduta delitiva. Os maus antecedentes encontram-se representados na certidão de fls. 113. Com efeito, e tendo em vista o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, a exasperação da pena-base em 116 acima do mínimo legal mostra-se adequada.

A causa de aumento prevista no artigo 40, inciso 111, da Lei nº 11.343/06 está fundamentada no depoimento dos policiais que afirmaram ter um estabelecimento de ensino há poucas horas das quadras do local dos fatos.

Ressalta-se ser irrelevante que os fatos tenham ocorrido durante

período de férias escolares, pois basta a proximidade física do local do tráfico em relação aos locais designados para incidência da causa de aumento.

Os. maus antecedentes impedem o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n 2 11.343/06.

A natureza da droga (crack) e os maus antecedentes não recomendam o abrandamento do regime prisional, nem a substituição a pena privativa de liberdade por restritivas de direito" (fls. 221/224).

No que se refere à manutenção da causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 e ao afastamento da privilegiadora do tráfico, o entendimento encontra guarida na jurisprudência desta Corte superior, conforme se deduz dos seguintes precedentes da Quinta Turma:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS PARA A CONDENAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DELITIVA. ALTERAÇÃO DO POSICIONAMENTO ENVOLVE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. MAJORANTE. RECONHECIMENTO. IMEDIAÇÕES DE UNIDADE DE ENSINO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA MERCANCIA. PRECEDENTES. REDUTORA. NÃO APLICABILIDADE. ANIMUS ASSOCIATIVO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O TJSP condenou o recorrente pelo delito de associação para o tráfico com base nos elementos de provas colhidos nos autos. Houve prova judicial da prática delitiva, considerando os depoimentos dos policiais, restando consignado que o depoimento do recorrente em juízo ficou isolado nos autos e em desacordo com seu próprio depoimento na fase policial.

2. Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

3. Para se chegar à conclusão diversa da que chegou o Tribunal a quo, e examinar todos os requisitos necessários para o reconhecimento do delito de associação para o tráfico, seria exigido o aprofundado revolvimento fático-probatório da matéria, providência incompatível com a Súmula n. 7/STJ.

4. O Tribunal de Justiça reconheceu a majorante mesmo em período de férias escolares, o que não contraria a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária a comprovação da efetiva mercancia da droga aos frequentadores dessas localidades. (AgRg no AREsp 1860725/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 2/3/2022).

5. No caso, com a condenação pelo delito de associação, não há como ser aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma

vez que demanda a existência de animus associativo estável e permanente no narcotráfico, revelando, assim, a dedicação a atividades criminosas. (AgRg no HC 689.965/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 21/2/2022).

6. No que toca à ofensa ao artigo 70 do CP, o Tribunal de origem limitou-se a aplicar a regra do concurso material, sem adentrar à possibilidade do concurso formal. Ausência de prequestionamento e incidência da Súmula n. 211/STJ.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.926.887/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. IMPOSSIBILIDADE. DESLOCAMENTO DA QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA PARA A TERCEIRA FASE. DISCRICIONARIEDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No que tange à não incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. As instâncias ordinárias utilizaram fundamentos inidôneos, pois a suposta condenação não foi utilizada como maus antecedentes, reincidência ou consta na folha de antecedentes e, além disso, a jurisprudência desta Corte não permite afastar a mencionada minorante apenas pela quantidade de droga apreendida.

3. A escolha pela aplicação dos vetores da quantidade e da qualidade das drogas na primeira ou na terceira etapas está inserida no juízo de discricionariedade do julgador, não cabendo a este Tribunal alterar a conclusão exarada pelas instâncias ordinárias.

Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 919.851/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 6/9/2024.)

Entretanto, a pena-base merece reparos, pois embora a elevação da reprimenda pelos maus antecedentes esteja correta, a pequena quantidade de entorpecentes apreendida não constitui fundamento válido para tanto. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PEQUENA QUANTIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA-BASE.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182

desta Corte Superior.

2. Em relação à pena-base, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de habeas corpus.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

4. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

5. No presente caso, apesar da natureza altamente deletéria da droga apreendida (cocaína), a quantidade total (4,2g) não justifica a majoração da pena-base, por não extrapolar o tipo penal, devendo ser afastado tal fundamento.

6. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido para reduzir a pena-base e redimensionar a reprimenda final do acusado.

(AgRg no AREsp n. 2.559.294/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/5/2024, DJe de 20/5/2024.)

Passa-se, portanto, ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, afastada a desvalorização da natureza da droga, reduz-se a pena-base, de 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 580 dias-multa, para 5 anos e 5 meses de reclusão, mais 540 dias-multa. Na segunda fase, fica compensada a atenuante da menoridade relativa com os maus antecedentes, o que redundará em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na última etapa, mantém-se a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, atingindo-se o total definitivo de 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, com imposição do regime fechado.

Desse modo, em que pese o reconhecimento da ilegalidade, não há modificações na pena do recorrente.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar parcial provimento** ao recurso especial de modo a afastar, da pena-base, o desvalor da natureza da droga sem, contudo, modificação na pena final do recorrente.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0306600-8

AREsp 2.440.937 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003010620138260223 00003010620138260223232013
0000301062013826022350000 20220000181606 20220000585824
3010620138260223 3010620138260223232013 301062013826022350000

EM MESA

JULGADO: 27/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MAICON SILVA DE FARO SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE AMORIM PRINCIPESSA - DEFENSOR PÚBLICO - SP271727
VICTOR LUIZ OLIVEIRA DA PAZ - DEFENSOR PÚBLICO - BA033512
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : AKIRA VICENTE DE ANDRADE

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico
Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

C5422124945823054018@ 2023/0306600-8 - AREsp 2440937