

O JUÍZO DA QUINTA VARA DE ENTORPECENTES DO
XXXXXXXXXX

Processo nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, já devidamente qualificados nos autos, por intermédio da **DEFENSORIA PÚBLICA DO XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, vem à presença de Vossa Excelência, com base no art. 403, §3º, do CPP, apresentar **ALEGAÇÕES FINAIS** nos termos abaixo consignados.

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

O acusado **fulano de tal**, juntamente com os corréus XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, foram denunciados pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c 40, III, da Lei nº 11.343/06, pois, supostamente,

“em 29 de dezembro de 2022, por volta das 16h30, no Setor Central C 9 Lt 10, Setor Central, C10, próximo ao colégio xxxxxxxx, os denunciados fulano de tal, fulano de tal e

Fulano de tal, com vontade livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, traziam consigo e venderam aos usuários fulnao de tal e fulano de tal

, 1 (uma) porção de substância xxxxxxxxxxxxxxxx, entorpecente conhecido por x, sem acondicionamento, perfazendo a massa líquida de 0,37g (trinta e sete centigramas);

1 (uma) porção de substância xxxxxxxxxxxxxxxx,

entorpecente conhecido por COCAÍNA, sem acondicionamento, perfazendo a massa líquida de 1,44g (uma grama e quarenta e quatro centigramas); 1 (uma) porção de substância PEDRA AMARELADA, entorpecente conhecido por COCAÍNA, sem acondicionamento, com massa desprezível; 1 (uma) porção de substância PEDRA AMARELADA, entorpecente conhecido por COCAÍNA, sem acondicionamento, perfazendo a massa líquida de 0,12g (doze centigramas); 1 (uma) porção de substância PEDRA AMARELADA, entorpecente conhecido por COCAÍNA, sem acondicionamento, perfazendo a massa líquida de 0,87g (oitenta e sete centigramas); descritas conforme Laudo de Perícia Criminal nº 64.343/2022 (ID xxxx).”

Em sequência, o réu foi notificado (ID xxxxx) e ofereceu defesa prévia (ID xxxx).

A denúncia foi recebida em 15/02/2023 (ID xxx).

O processo seguiu seu trâmite regular, com a oitiva de testemunhas e com o interrogatório dos acusados (ID xxxxxxxx).

O Ministério Público ofertou alegações finais em memoriais (ID xxxxxxxxx), oportunidade na qual requereu a procedência da pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia em face dos acusados.

Após, os autos vieram à Defensoria Pública para apresentação dos memoriais.

É o relato do essencial.

2. DO MÉRITO: DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A FIGURA DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS.

Pela prova oral colhida, não se verifica um arcabouço probatório suficiente para imputar, com a devida certeza, ao acusado xxxxx a prática do tráfico.

O policial xxxxx (ID xxxxxxxx) relatou que, em relação a x x, foi a última pessoa a ser abordada do trio. Primeiro abordou xxx, depois xx, e José x, ao perceber a presença dos policiais, evadiu-se do local. Mas pouco tempo depois, José retornou ao local. Os policiais, ao receberem a informação de que José teria retornado, também voltaram ao local e viram ele em outra esquina, envolvido por usuários de drogas. Viram José tentando esconder a droga em um toldo de um quiosque. Essa cena foi filmada. Localizaram a droga escondida no toldo, que foi arrecadada. Não se recorda sobre o que os acusados teriam conversado na hora. Já conhecia x x de outra ocorrência, não sabendo dizer se por fatos anteriores ou posteriores ao dos autos. Teve a impressão que x e x atuavam em conjunto, e x, atuando em separado, embora todos atuavam no mesmo “beco”. Nunca o viu vigiando carros anteriormente, ou transitando com moradores de rua. **Não flagrou troca de objetos efetuada pelo José com usuários**, embora ele estivesse próximo a Victor. **Não se recorda para afirmar com certeza se José atuava em conjunto com Victor. Não se recorda se o colégio (que ficava próximo) estava aberto no dia.**

A testemunha policial, xxxxxxxxxxxxxx (ID xxxxxxxxxxxxxx), respondeu que o local onde se deram os fatos é de frequente uso e venda de entorpecentes. No dia e local dos fatos, os três réus foram avistados em atitude suspeita de venda de entorpecentes. O réu José foi monitorado em movimentação característica de tráfico, trocando objetos por dinheiro com inúmeros usuários de drogas. **Não foi possível abordar algum usuário que teria supostamente adquirido a droga de José, por falta de condições operacionais.** José ficou ausente por certo período de tempo do local, e depois retornou e ficou manipulando algum objeto no toldo de um quiosque que fica em um beco onde também é realizada a traficância, inclusive com usuários próximos a ele. No quiosque, próximo a ele, foi localizada uma porção de crack. Entre o início do monitoramento até a última abordagem (a de José), decorreu cerca de uma hora e meia. Afirmou que José e Victor próximos, mas que não pode inferir que estavam trabalhando juntos. No

momento do monitoramento o agente não conseguiu, apenas por observação, perceber que já conhecia os réus, mas que no momento da abordagem verificaram que Wilson já havia sido preso em outra oportunidade, também por tráfico, pela mesma equipe de policiais. Não se recorda se já conhecia José.

Em seu interrogatório, xxxxxxxxxxxxxx afirmou que é usuário de “crack” e bebida alcoólica. Vivia na rua, pedindo dinheiro e vigiando carros. Faz tratamento no CAPS para dependência química. Afirma que passou uma porção de droga para um rapaz porque ele teria dado um dinheiro pro acusado para “inteirar” a droga para os dois consumirem o entorpecente. Afirma que iria usar drogas com o usuário conhecido por “Perneta”, e usou o dinheiro para comprar cigarros. Alega que não estava traficando, mas apenas consumindo as drogas.

Cotejando-se as provas dos autos, percebe-se que os únicos elementos de prova que imputam ao acusado a prática da traficância são a palavra dos dois policiais. Porém, o agente Pedro afirmou que **não presenciou o acusado José Nildo trocando ou passando drogas para usuários**. O agente Eduardo, por sua vez, narrou que José foi monitorado em movimentação característica de tráfico, porém, nenhum suposto usuário de entorpecentes foi abordado pela equipe, por carência operacional, para **confirmar as suspeitas** do agente.

O acusado, em juízo, narrou ser usuário e dependente químico, fazendo tratamento no CAPS, e que a droga foi usada em conjunto com um usuário, conhecido por “Perneta”.

O acusado afirma que vigiava carros, o que explicaria a pequena quantidade de dinheiro encontrada com ele, R\$47,00. O policial Pedro afirma que nunca o viu vigiando carros antes, mas essa alegação não infirma a alegação do José Nildo. O policial não está presente na maior parte do seu tempo no local, então não tem o poder de atestar que José Nildo não exerce esse tipo de atividade nas imediações.

É certo que os depoimentos dos policiais são válidos como provas para a condenação, mas somente deverão ser acolhidos se

unidos a outros meios

de prova, o que não aconteceu no caso em comento. **As provas obtidas não apresentam uma consistente e indubitável fundamentação sobre a prática da conduta criminosa por parte de xxxxxxxxxxxxxxxx**

É preciso destacar que **o testemunho do agente policial não ostenta presunção de veracidade ou goza de fé pública**. Dentre os diversos fundamentos, sublinham-se os seguintes: a) o processo penal brasileiro adota o sistema do convencimento motivado (art. 93, inciso IX, da CF/88 e art. 155 do CPP), então todas as provas possuem valor relativo e cabe ao magistrado valorá-las e julgá-las no seu conjunto; b) a fala do policial deve ser valorada, comparada e julgada em relação ao todo e em relação a si mesma (a narrativa está coerente? coesa? (in)segura? confusa? (im)parcial? contraditória? lacônica? etc.); c) se nem a confissão do acusado possui valor absoluto (art. 197 do CPP), menos ainda terá a palavra do policial; d) o depoimento policial não se confunde com a produção de ato administrativo, não sendo correto atribuir presunção de legitimidade e de veracidade ao ato personalíssimo de testemunhar em Juízo; e) o agente policial atende diversas ocorrências no seu cotidiano, e essas experiências produzem memórias que afetam lembranças e recordações do fato, especialmente se o fato em apuração ocorreu há muito tempo, então o teor da versão apresentada sempre precisa ser avaliada e valorada com critério; e f) a única presunção existente no Processo Penal é a da inocência do acusado (art. 5º, inciso LVII, da CF/88).

Acentue-se, ainda, a necessária aplicação do estado de inocência e do *in dubio pro reo*, primados jurídicos de superior relevância, mormente porque extraídos da própria Constituição Federal. Meras suspeitas ou ilações definitivamente não satisfazem as finalidades de um processo penal garantista. Ao contrário, o mínimo que se exige para inserir alguém no tenebroso sistema penitenciário pátrio é a certeza absoluta.

O caso versado não destoa de uma situação em que José Nildo

não passaria de um usuário de entorpecentes, numa região onde o consumo de drogas acontece com regularidade.

Registre-se que **não foram encontradas anotações, balança de precisão ou outro material que fizesse crer que se encontrava no exercício da mercancia ilícita.**

Pairam dúvidas, portanto, acerca da autoria crime apurado, de forma que merece ter aplicação, no caso, o princípio do *in dubio pro reo*. Eventual condenação deve estar embasada em provas concludentes e inequívocas, e não em conjecturas e suposições. A condenação exige prova plena e inconteste.

A possibilidade da aplicação do princípio do *in dubio pro reo* e o imperativo de se decidir pela não condenação em caso de dúvida já foram explicitados por este Egrégio Tribunal

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE CONFIRMADA. AUTORIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. VIABILIDADE. IN DUBIO PRO REO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Havendo dúvidas razoáveis sobre a conduta delitiva imputada à acusada, porquanto inexistem elementos probatórios conclusivos, impõe-se a absolvição por insuficiência de provas. 2. Recurso conhecido e provido. (TJDFT, Acórdão 1253685, 00040593220188070001, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 21/5/2020, publicado no DJE: 12/6/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

No voto proferido no acórdão acima, o relator assim se manifestou:

(...)

No caso, porém, o testemunho dos policiais não conferiu um juízo de certeza acerca da autoria do delito. Em que pese o monitoramento realizado no local pelos policiais, conforme relatado, apenas um usuário foi abordado e, segundo consta do Termo de Audiência, não foi ouvido em juízo. Outrossim, as filmagens mencionadas pelos policiais não se apresentaram nítidas e tampouco comprovaram a atividade de traficância, uma vez que os próprios milicianos destacaram que não foi possível ver o rosto da vendedora, afirmando, somente, que visualizaram o réu colocar algo no bolso. Destaca-se, também, que a prisão da ré foi feita em momento

posterior, após encaminhamento do usuário à delegacia de polícia e quando já estava fora da residência. E, ao ser abordada, a ré não trazia consigo entorpecentes, além do que, durante as buscas realizadas na sua residência, nada de ilícito foi encontrado. Ademais, o fato de os policiais terem encontrado substância entorpecente em um muro perto de onde a ré foi abordada, não é suficiente para uma condenação pelo delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Neste teor, é sabido que para prolatar decreto condenatório são imprescindíveis provas que evidenciem certeza fundada em dados objetivos e indiscutíveis, o que não se verifica in casu. Isto porque não há como apontar a denunciada, ré tecnicamente primária, como autora do crime denunciado, tendo em vista que a droga apreendida não pode, de forma inequívoca, ter a sua propriedade atribuída a ela.

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. RELATOS DOS POLICIAIS CONTROVERSOS. FILMAGENS DO LOCAL DOS FATOS. INVIABILIDADE DE MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO.

SENTENÇA REFORMADA. 1. Ainda que se considere que o crime de tráfico de drogas possui natureza permanente, a prisão em flagrante e a busca e apreensão domiciliar apenas é possível quando houver fundadas razões de que no local há situação de flagrante delito. 2. Sendo incoerentes os relatos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante e inexistindo outras provas que comprovem efetivamente a materialidade e a autoria delitiva, não é possível a manutenção da condenação. 3. Não se mostrando harmonioso e coeso o conjunto probatório coligido aos autos para formação da condenação, que deve fundamentar-se em provas inequívocas, a absolvição é medida que se impõe, em observância ao princípio in dubio pro reo. 4. Apelação conhecida e provida. Apelante absolvido. (TJDFT, Acórdão 1237884, 00085049320188070001, Relator: SEBASTIÃO COELHO, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 12/3/2020, publicado no Pje: 30/3/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Meras suspeitas ou ilações definitivas não satisfazem as finalidades de um processo penal garantista. Ao contrário, o mínimo que se exige para inserir alguém no sistema penitenciário pátrio é a certeza absoluta.

Além disso, art. 155 do Código de Processo Penal determina “*o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*” Desse modo, não existindo provas robustas no curso do processo, de acordo com o art. 5º, LVII, da CF, prevalece o princípio da presunção de não culpabilidade e a consequente aplicação da regra do “*in dubio pro reo*”, com o decreto de absolvição por insuficiência probatória, nos moldes do inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal.

Caso não se entenda pela absolvição, verifica-se que a conduta melhor se amolda ao porte de drogas para consumo pessoal.

Não se possibilitou que o acusado realizasse o exame toxicológico, mas todas as circunstâncias levam à conclusão de que é viciado em drogas e estava ali para consumir o entorpecente.

Assim, caso não se entenda pela absolvição, então se requer a desclassificação da conduta do acusado José Nildo para aquela prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

3 DA DOSIMETRIA DA PENA

Caso a tese apresentada não prospere, é importante pontuar algumas questões sobre a dosimetria.

A natureza e a quantidade de droga não devem ser avaliadas em desfavor do réu, considerando a pequena quantidade de droga apreendida (*ID xxxxxxxxxxxx, item 2, uma porção de cocaína de 1,44g*). De acordo com o entendimento desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, natureza e quantidade constituem uma única circunstância judicial, devendo-se proceder à análise conjunta para exasperar a pena. Nesse sentido:

[...] 4. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a análise da quantidade e da natureza da droga para fins de aplicação do artigo 42 da Lei nº. 11.343/2006 deve ser conjunta, não se admitindo a exasperação da pena-base em razão da natureza da droga quando a quantidade apreendida for ínfima. [...] (TJDFT, Acórdão 1242154, 07152509620198070001, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 3/5/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

[...] 2. Ainda que se considere nociva a natureza da droga apreendida, evidenciada a quantidade não relevante (7,48 gramas de crack) e ausentes circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), não é razoável a exasperação da pena-base.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no HC 486.462/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 23/04/2019)

Não há elementos para avaliar a conduta social e a personalidade. A culpabilidade não excedeu aos limites normais para a imposição de pena. Os motivos, as circunstâncias e as consequências não extrapolam o normal. Não há que se falar, também, em comportamento da vítima em crimes de tráfico.

Caso se entenda por alguma circunstância negativa, deve-se limitar o aumento a um sexto da pena-base, como já decidiu o TJDFT:

[...] 5. O Superior Tribunal de Justiça passou a considerar proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, a partir da pena mínima em abstrato, para cada circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria, salvo se houver fundamento específico para a elevação em "quantum" superior. 6. Recurso parcialmente provido. (TJDFT, Acórdão 1246042, 07135248720198070001, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS,

2ª Turma Criminal, data de julgamento: 30/4/2020, publicado no PJe: 12/5/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Nesse contexto, a pena-base merece ser fixada no mínimo legal ou próximo a ele.

Da mesma forma, eventual agravante deve ser limitada à fração de um sexto:

[...] 4. Na segunda fase da dosimetria da pena prevalece na jurisprudência que cada agravante ou atenuante deve importar em um acréscimo ou em uma diminuição da pena no patamar de 1/6 (um sexto), sendo certo que o ponto de partida deve ser a pena-base. 5. Apelação conhecida e parcialmente provida. (TJDFT, Acórdão 1248121, 00009697920198070001, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 7/5/2020, publicado no PJe: 16/6/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Em segunda fase, existe a circunstância atenuante em que o acusado faz jus a aplicação da **confissão espontânea**, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, na medida em que o réu confessou que fazia detinha entorpecente destinado para o uso, juntamente com o outro usuário.

Como sabido, a confissão, ainda que parcial, é o bastante para atenuar a pena, sendo certo que, diante do tipo plurinuclear que é o tráfico de drogas, a confissão das condutas de “ter em depósito”, “trazer consigo” e/ou “guardar”, se amolda perfeitamente na atenuante do art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal.

Sendo assim, a confissão, parcial ou não, deve ser considerada em favor do réu, pois, em consonância às claras intenções do legislador na redação do texto legal, sua aplicação não deve ser restringida.

Por oportuno, vale a transcrição nos precedentes do C. STJ:

"[...] A confissão do acusado, mesmo que parcial, deve ser reconhecida como atenuante da pena, quando utilizada pelo magistrado para firmar o seu convencimento, em conjunto com outros meios de prova. [...]". (HC 314944 SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015).

"[...] A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, sobretudo quando utilizada para dar suporte à condenação [...]". (AgRg no Resp 1269574 SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA

TURMA, Julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015).

"[...] Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo. [...]". (AgRg no Resp 1412043 MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 10/03/2015, DJe 19/03/2015).

Pugna-se, também, pela fixação da pena, diante da circunstância atenuante, aquém do mínimo legal, com o afastamento da ultrapassada súmula

231 do STJ. É que o enunciado viola os princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da individualização da pena.

É que o caput do art. 65 do Código Penal é enfático ao afirmar que a circunstância “sempre” atenua a pena. Como a lei não contém palavras inúteis e o advérbio “sempre” não oferece qualquer dificuldade de interpretação, deve a pena base ser reduzida, ainda que aplicada no mínimo legal.

Tal entendimento vem ganhando força em nossos Tribunais, que têm afastado a aplicação do enunciado sumular n. 231 do STJ (nesse sentido: TJRJ, Processo nº 2008.050.07227 – Apelação – Des. Nildson Araújo da Cruz – Julgamento: 17/09/2009 – 5ª Câmara Criminal). No âmbito do STJ, em 21/03/2023, a **Sexta Turma**

**aprovou a proposta de revisão da jurisprudência
compendiada na Súmula n. 231/STJ, remetendo os autos**

dos Recursos Especiais ns. 2.057.181/SE, 2.052.085/TO e 1.869.764/MS à Terceira Seção, e convocando audiência pública para o dia 17/05/2023, nos termos do art. 125, § 2o, do RISTJ, ainda pendente de julgamento, o que pode indicar uma virada jurisprudencial em benefício do acusado.

Ainda, as raízes históricas da corrente jurisprudencial que gestou o enunciado sumular n. 231 se prendem à redação do Código anterior à reforma de 1984, quando se entendia, e com razão, que as atenuantes e agravantes integravam a pena base e que por isso mesmo eram consideradas na primeira fase da dosimetria. No tempo em que se admitia o sistema bifásico (com fulcro no Código Penal de 1940), as circunstâncias agravantes e atenuantes eram analisadas juntamente com as judiciais.

Logo, naquela época, era impossível fixar a pena-base aquém do mínimo legal. Fundado nesses precedentes é que o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado sumular n. 231, que hoje conflita diametralmente com o direito objetivo vigente.

Hodiernamente, adotado o critério trifásico de aplicação da pena de Nelson Hungria, sabe-se que o art. 68 do Código Penal prevê a incidência do art. 59 somente na primeira fase, isto é, no momento de se concretizar a pena base. Referido dispositivo legal não proíbe o juiz de exercer certo poder discricionário nas fases seguintes da aplicação da pena.

Continuar a aplicar a orientação do enunciador sumular n. 231 do STJ significa violar frontalmente o princípio da legalidade e o princípio da individualização da pena, positivados no art. 5o, incisos XXXIX e XLVI, da CRFB, além do princípio da separação dos poderes, positivado no art. 2o da CRFB, uma vez que o Judiciário estaria substituindo o legislador, exercendo uma função que não é sua, sem autorização constitucional para tal.

Além disso, a defesa requer, na **terceira fase**, o **afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III da Lei nº 11.343/2006**.

De acordo com a denúncia, o suposto tráfico de drogas teria

ocorrido próximo a uma unidade escolar (CEMEIT). Porém, não há qualquer

comprovação de que o acusado se beneficiou do fluxo de pessoas proveniente daquele local para difundir ilicitamente a droga com mais facilidade.

Uma das intenções da lei foi de punir com mais rigor o autor que, aproveitando-se da grande aglomeração de transeuntes, tenta passar despercebido ao praticar o tráfico de drogas, tornando mais difícil a fiscalização dos agentes de polícia.

Como dito, o suposto tráfico não visava às pessoas que estavam no local, porque não há provas de que o acusado abordava as pessoas que estavam utilizando a quadra. Por esse motivo, seria injusta e desproporcional a eventual aplicação da causa de aumento.

Sobre o tema, Renato Marcão (TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: anotada e interpretada. 10ª edição. Saraiva 2015, página 220/221) explica que:

Necessário destacar que cabe à Polícia Judiciária investigar com profundidade, caso a caso, para esclarecer se o agente visava ou não, com a prática ilícita, os frequentadores de qualquer dos locais indicados no inciso III do art. 40, sendo de inteira relevância que o Ministério Público insista na realização das diligências recomendadas diante do caso concreto, inclusive em eventual perícia e confecção de laudo de levantamento do local, croqui e memorial descritivo, em sendo caso.

[...
]

É necessário que com a prática ilícita o agente vise qualquer dos locais listados no dispositivo supracitado, cuja incidência reclama um agir dolosamente (ainda que eventual); requer a finalidade de alcançar as pessoas que frequentam qualquer daqueles locais determinados.

A simples proximidade física ou geográfica, sem relação com a prática do crime, não autoriza a aplicação da causa de aumento, até porque algumas vezes poderá ocorrer que o agente nem mesmo saiba estar nas imediações de um daqueles locais referidos no inciso III, e diante de tal quadro reconhecer a causa de aumento implicaria responsabilidade penal objetiva.

Cabe destacar que o fato ocorreu em 29 de dezembro de 2022, próximo às festividades do final de ano, período em que não há atividade escolar, é período de férias escolares.

Mudando o que deve ser mudado, o STJ afastou a causa de aumento por ter constatado que o fato ocorreu em momento que a escola estava fechada:

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.

(...) 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)

Por fim, mister se faz a fixação do regime mais benéfico para o cumprimento da pena.

3 DO PEDIDO

Ante o exposto, a Defesa requer:

- a) A **absolvição** do delito descrito no art. 33, caput, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal;
- b) Caso não seja esse o entendimento, então pugna pela **desclassificação** para o tipo previsto no art. 28 do mesmo diploma legal;
- c) Caso também não se atenda aos pedidos acima, requer-se fixação da pena no mínimo legal ou próximo a ele;
- d) a aplicação da atenuante da confissão espontânea, ainda que parcial, com a possibilidade de se fixar a pena intermediária abaixo do mínimo legal;
- e) requer o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III da Lei nº 11.343/2006.

Pede deferimento.

Fulano de tal

Defensor Público