**Do afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas.**

Neste passo, requer-se o afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, porque, para sua incidência, é de suma importância que se comprove a existência do elemento subjetivo, qual seja, a **intenção incontestável de vender substâncias entorpecentes para determinado mercado consumidor, ou seja, estudantes**, o que no presente caso não ocorreu.

Assim, a causa de aumento da pena somente tem lugar quando o agente nos locais ali especificados se encontrar **com o intuito de conseguir clientela ou ampliar seu comércio entre doentes, estudantes ou presidiários**, o que não ocorreu nesse caso.

Nestes termos, o **simples fato de o acusado ter sido surpreendido** próximo a escola não configura a causa de aumento (art. 40, III). Entendimento contrário traduzir-se-ia em **responsabilização objetiva**, **vedada em nosso sistema penal**.

Tanto é vedada a responsabilidade objetiva e tanto é imprescindível a **demonstração concreta e inequívoca da finalidade** **conquistar novo mercado consumidor** que **a mera utilização de transporte público para o carregamento da droga** (embora formalmente tipificada nesse dispositivo) não leva à aplicação da causa de aumento do artigo 40, III, da Lei 11.343/2006.

Nesse sentido notícia veiculada no informativo n° 573 do Superio Tribunal de Justiça, cuja *ratio* se aplica ao caso versado nos autos:

“*DIREITO PENAL. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA CONDUZIR DROGA ILÍCITA. O simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas (11.343/2006), que deve ser aplicada* ***somente quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior****. Precedente citado do STJ: REsp 1.345.827-AC, Quinta Turma, DJe 27/3/2014. Precedentes citados do STF: HC 119.782-MS, Primeira Turma, DJe 3/2/2014; e HC 115.815-PR, Segunda Turma, DJe 28.8.2013*”. AgRg no REsp 1.295.786-MS, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 18/6/2014 (Vide Informativo n. 481) (Informativo nº 543).

No Supremo Tribunal Federal:

“*HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. LEI DE DROGAS – LEI 11.343/2006. TRAFICÂNCIA EM TRANSPORTE PÚBLICO. NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE MERCANCIA. AFASTAMENTO NO CASO DE MERA UTILIZAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO PARA CARREGAMENTO DO ENTORPECENTE. TELEOLOGIA DA NORMA. JURISPRUDÊNCIA DE AMBAS AS TURMAS. ORDEM CONCEDIDA.*

*I - A mera utilização do transporte público para o carregamento do entorpecente não é suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006. Precedentes de ambas as Turmas. Orientação consolidada.*

*II -* ***A teleologia da norma é conferir maior reprovação ao traficante que pode atingir um grande número de pessoas, as quais se encontram em particular situação de vulnerabilidade****.*

*III – Ordem concedida para afastar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006*”.

(HC nº 120.624/MS, Segunda Turma, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 10/10/2014)

Ademais, não foram juntados mapas aos autos capazes de comprovar a proximidade do local dos fatos com a escola.

Desta forma, diante da falta de provas de que os fatos se deram em frente ao mencionado estabelecimento de ensino e da não comprovação da existência do elemento subjetivo, é imperioso o afastamento da causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06.