



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.443.214 - MS (2014/0063891-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : PAULO ROBERTO VIANA DA CUNHA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA CONDUZIR A DROGA. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DA SUBSTÂNCIA EM SEU INTERIOR.

1. Até recentemente, a jurisprudência desta Corte estava consolidada no sentido de que o simples ato de transportar a droga em transporte público dava causa à incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no REsp n. 1.444.666/MT, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/8/2014). No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 1.378.796/MS, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 25/6/2014; e AgRg no AREsp n. 225.357/SP, Ministro Marco Aurélio Belizze, Quinta Turma, DJe 27/3/2014.

2. No julgamento do REsp n. 1.345.827/SC (DJe 27/3/2014), da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, a Quinta Turma passou a adotar entendimento contrário acerca do tema, no sentido de que o simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da majorante, que deve ser aplicada somente quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior.

3. No voto, o Relator assentou que *o fator que torna a conduta mais reprovável, determinando a incidência da causa de aumento, é o incremento do risco à saúde pública, o que ocorre quando o crime é praticado em locais com grande aglomeração de pessoas, facilitando a difusão da droga ilícita (...) o que não ocorre pela simples utilização do transporte público sem que as demais pessoas tenham qualquer contato com a substância entorpecente.*

4. Como o novo entendimento encontra ressonância na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para insistir na manutenção da tese contrária, que até então vinha sendo acatada na Sexta Turma.

5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator, vencidas as Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE). Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de setembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.443.214 - MS (2014/0063891-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público Federal**, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, proferido na *Apelação Criminal* n. 0001801-75.2008.4.03.6005/MS (fls. 242/252):

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ERRO MATERIAL NA SENTENÇA: MENÇÃO EQUIVOCADA À CONDENAÇÃO DO RÉU COMO INCURSO NO ARTIGO 40, V, DA LEI 11.343/2006 (INTERESTADUALIDADE). CORREÇÃO DO ERRO MATERIAL PARA CONSTAR CONDENAÇÃO DO RÉU COMO INCURSO NO ARTIGO 33, CAPUT, C.C. ARTIGO 40, I E III, DA LEI 11.343/2006. INTERNACIONALIDADE DO TRÁFICO: COMPROVADA. CAUSA DE AUMENTO DO TRANSPORTE PÚBLICO: NÃO INCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO: NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 44, I E II, DO CP. REGIME INICIAL FECHADO: POSSIBILIDADE.

1. Apelação interposta contra sentença que condenou o réu à pena de 07 anos de reclusão e 699 dias-multa, como incurso no artigo 33, caput, e 40, I e V, da Lei 11.343/2006.

2. A fundamentação da sentença é pela condenação por tráfico de drogas, com a incidência das causas de aumento da internacionalidade (inciso I do artigo 40 da Lei 11.343/2006) e do tráfico em transporte público (inciso III do artigo 40). Erro material no dispositivo da sentença quanto à menção ao inciso V sanado para constar que a condenação no artigo 33, caput, c.c. artigo 40, I e III, da Lei 11.343/2006.

3. Configura-se a internacionalidade do tráfico quando o agente está transportando a droga e adentra o território nacional ou está prestes a dele sair. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. A prova colhida em juízo comprova que a droga era proveniente do Paraguai.

4. A utilização de transporte público com a única finalidade de levar a droga ao destino, de forma oculta, sem o intuito de disseminá-lo entre os passageiros ou frequentadores do local, não implica na incidência da causa de aumento de pena do inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006. A norma pretender reprimir com mais rigor a própria mercancia realizada em locais de maior aglomeração de pessoas, ou em que estas estejam em situação de maior vulnerabilidade.

5. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das vedações à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito constantes da Lei 11.343/2006. Contudo, o réu não faz jus à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos, uma vez que não preenchidos os requisitos dos incisos I e II do artigo 44 do Código Penal.

6. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, na redação dada pela Lei nº 11.464/2007, que estabelecia o regime inicial fechado para cumprimento da pena para os condenados por crime de tráfico de drogas. No caso dos autos, o entendimento pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal firmado pelo STF, não beneficia o réu.

7. Apesar do regime inicial ser estabelecido, a princípio, em função da quantidade da pena, nos termos do §2º do artigo 33 do Código Penal, o §3º do citado dispositivo estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". Precedentes. Foi considerada desfavorável circunstância do artigo 59 do CP, em relação à quantidade da droga, fixando-se a pena-base em patamar superior ao mínimo legal. Reconhecido na sentença que o réu é reincidente. Dessa forma, cabível o estabelecimento do regime inicial fechado.

8. Erro material corrigido. Apelação parcialmente provida.

No presente recurso (fls. 265/281), alega-se, em síntese: a) negativa de vigência ao art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que deve incidir a causa de aumento de pena relacionada à prática do delito em transporte público; e b) divergência jurisprudencial sobre o mesmo tema.

Oferecidas contrarrazões (fls. 334/343), o recurso foi admitido na origem (fls. 345/347).

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso (fls. 359/363).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.443.214 - MS (2014/0063891-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A questão objeto do presente recurso não é nova.

Até recentemente, a jurisprudência desta Corte estava consolidada no sentido de que o simples ato de transportar droga em transporte público dava causa à incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no REsp n. 1.444.666/MT, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/8/2014).

A propósito, destaco: AgRg no REsp n. 1.378.796/MS, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 25/6/2014; e AgRg no AREsp n. 225.357/SP, Ministro Marco Aurélio Belizze, Quinta Turma, DJe 27/3/2014.

Sucedem que, no julgamento do REsp n. 1.345.827/SC (DJe 27/3/2014), da relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze, **a Quinta Turma passou a adotar entendimento diverso acerca do tema, no sentido de que o simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da majorante, que deve ser aplicada somente quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior.** Eis a ementa:

1. DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMISSÃO PARCIAL DO RECURSO. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE AGRAVO. NÃO CABIMENTO. SÚMULAS 292/STF E 528/STF. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

2. DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/06. NÃO OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. DIFICULDADE DE FISCALIZAÇÃO. DESNECESSIDADE DE OFERECER A DROGA. REVISÃO DE ENTENDIMENTO.

3. IMPRESCINDIBILIDADE DE MAIOR VULNERAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. PROTEÇÃO A LOCAIS COM MAIOR NÚMERO DE PESSOAS. NECESSIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO. PRECEDENTES DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STF.

4. UTILIZAÇÃO DE TÁXI. TRANSPORTE PÚBLICO INDIVIDUAL. SIMILAR A CARRO PRIVADO. SITUAÇÃO QUE NÃO SE INSERE NA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO.

5. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

[...]

2. Entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico de drogas, por si só, já caracteriza a causa de aumento, que não merece prevalecer.

3. As causas de aumento da pena estão relacionadas à maior vulneração do bem jurídico tutelado, devendo, portanto, ser levada em consideração a maior reprovabilidade da conduta, o que apenas se verifica quando o transporte público é utilizado para difundir drogas ilícitas a um número maior de pessoas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

4. A conduta consistente na utilização de veículo táxi para transporte de droga, sem a comercialização para terceiros, não enseja a incidência de causa de aumento de pena do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.434/2006, seja em razão de inexistência de aglomeração de pessoas a facilitar a dispersão da droga, seja porque a fiscalização de tal veículo é equiparada à do veículo particular, tratando-se, em regra, de transporte não simultâneo de pessoas.

5. Agravo não conhecido e recurso especial a que se nega provimento.

No voto, o Relator assentou que ***o fator que torna a conduta mais reprovável, determinando a incidência da causa de aumento, é o incremento do risco à saúde pública, o que ocorre quando o crime é praticado em locais com grande aglomeração de pessoas, facilitando a difusão da droga ilícita (...) o que não ocorre pela simples utilização do transporte público sem que as demais pessoas tenham qualquer contato com a substância entorpecente.***

Assinalou, ainda, que o entendimento encontra ressonância na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Destaco, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal já começou a rever o entendimento antes dominante, com decisões recentes de ambas as turmas daquela Corte considerando que "a mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não leva à aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006" (HC 119.782, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 31/1/2014).

De fato, em consulta à jurisprudência da Suprema Corte, verifiquei que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o novo entendimento passou a ser adotado por ambas as Turmas daquele Tribunal, conforme noticiam precedentes recentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS (TRANSPORTE PÚBLICO). NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. VIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **O entendimento de ambas as Turmas do STF é no sentido de que a causa de aumento de pena para o delito de tráfico de droga cometido em transporte público (art. 40, III, da Lei 11.343/2006) somente incidirá quando demonstrada a intenção de o agente praticar a mercancia do entorpecente em seu interior. Fica afastada, portanto, na hipótese em que o veículo público é utilizado unicamente para transportar a droga.** Precedentes. 2. O acórdão impugnado restabeleceu o regime inicial fechado imposto pelo magistrado de primeiro grau em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do CP (quantidade de droga). Assim, não há razão para reformar a decisão, já que, na linha de precedentes desta Corte, os fundamentos utilizados são idôneos para impedir a fixação de um regime prisional mais brando do que o fixado no acórdão atacado. 3. Não é viável proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois, embora preenchido o requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal (= pena não superior a 4 anos), as instâncias ordinárias concluíram que a conversão da pena não se revela adequada ao caso, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (= quantidade da droga apreendida). Precedentes. 4. Ordem concedida, em parte, apenas para afastar a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

(HC n. 119.811/MS, Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 1º/7/2014 – grifo nosso)

[...]

1. A aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, tem como objetivo punir com mais rigor a comercialização de drogas em determinados locais onde se verifique uma maior aglomeração de pessoas, de modo a facilitar a disseminação da mercancia, tais como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento de dependentes, entre outros. 2. **A aplicação da majorante do inciso III exige a comercialização da droga no próprio transporte público, sendo insuficiente a mera utilização do transporte para o carregamento do entorpecente.** Precedentes: HC 119.782, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 03.02.14 e HC 109.538, Primeira Turma, Redatora para o acórdão a Ministra Rosa Weber, DJe de 26.10.12. 3. In casu, a Corte Estadual, em sede de apelação, afirmou que “no caso em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreço, verifica-se que a recorrida não se utilizou do transporte coletivo para disseminar entorpecentes, mas tão somente para levar a droga escondida em suas partes íntimas até o destino final. Ou seja, não tinha a intenção de difundir, usar e/ou comercializar a referida droga, aproveitando-se do fato de estar no interior do veículo público”.

(HC n. 118.676/MS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 28/3/2014 – grifo nosso)

Sendo assim, diante da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, entendo que não há motivo para insistir na manutenção de tese contrária.

Como, no caso dos autos, o Tribunal *a quo* firmou que o acusado se utilizou do transporte público apenas como meio de locomoção, não diviso nenhuma ilegalidade na exclusão da causa de aumento (fl. 245):

[...]

Quanto à causa de aumento relativa ao transporte público, artigo 40, inciso III da Lei nº 11.343/2006: a utilização de transporte público com a única finalidade de levar a droga ao destino, de forma oculta, sem o intuito de disseminá-lo entre os passageiros ou frequentadores do local, não implica na incidência da referida causa de aumento de pena.

[...]

Em face do exposto, **nego provimento** ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.443.214 - MS (2014/0063891-5)

VOTO-VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Na linha dos precedentes desta Corte, por ora, entendo que a mera utilização de transporte público é suficiente para aplicação da majorante de que cuida o art. 40, III, da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0063891-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.443.214 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018017520084036005 18017520084036005 200860050018010

PAUTA: 02/09/2014

JULGADO: 04/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO : PAULO ROBERTO VIANA DA CUNHA (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidas as Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.