



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.560 - RJ (2015/0163192-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FABIO DOS SANTOS SILVA JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE SE NÃO DEMONSTRADA A EFETIVA MERCANCIA ILÍCITA NO INTERIOR DO TRANSPORTE PÚBLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA REDIMENSIONADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Extrai-se do texto legal que a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06 pressupõe que o crime efetivamente seja praticado no interior do transporte público, em razão do maior risco ao meio social que representa a disseminação das drogas ilícitas em ambientes com grande circulação e concentração de pessoas.

Partindo dessa diretriz, ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que a mera utilização do transporte público pelo suposto criminoso, sem indícios de prática da mercancia ilícita no interior do veículo, não justifica a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, todavia, prevalecia o entendimento contrário, o que perdurou até o julgamento do REsp 1345827/AC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, em 18.3.2014, ocasião em que esta Corte Superior passou a alinhar-se à jurisprudência da Corte Suprema, afastando a incidência da causa de aumento de pena quando não evidenciado o uso do transporte público para mercancia ilícita de drogas.

No caso concreto, as instâncias ordinárias aumentaram a pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, na fração de 1/6 (um sexto), pelo simples fato de que foi flagrado portando os entorpecentes no interior de veículo de transporte público urbano.

Assim, em atenção à jurisprudência dos Tribunais Superiores, impõe-se o afastamento da aludida majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a majorante do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redimensionando a pena do paciente para o patamar de 5 anos de reclusão, mantido o regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.560 - RJ (2015/0163192-9)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FABIO DOS SANTOS SILVA JUNIOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em benefício de FABIO DOS SANTOS SILVA JUNIOR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0000771-92.2014.8.19.0030).

Infere-se dos autos que o paciente foi sentenciado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico ilícito de entorpecentes com causa de aumento) à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial semiaberto.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, que foi desprovida pelo Tribunal de origem em acórdão assim ementado:

Apelação. Tráfico de entorpecentes. Art. 33, c/c 40, III, Lei 11.343/06. Condenação à pena reclusiva de 5 anos e 10 meses, em regime semiaberto. Recurso defensivo postulando, preliminarmente, a nulidade processual e, no mérito, a absolvição por alegada precariedade da prova. De forma alternada, a revisão da dosimetria, com o reconhecimento da causa de diminuição prevista no §4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, bem assim seja afastada a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06. O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica nem equipara, para os fins a que se refere o art. 93, inciso IX, da Constituição, a ato de caráter decisório. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a exigência de dois peritos para a realização do exame definitivo de substância toxicológica se restringe à hipótese em que o laudo é feito por peritos não oficiais. De outro norte, as circunstâncias da prisão, a fala dos policiais responsáveis pelo flagrante, a quantidade, o modo de acondicionamento e a diversidade do material apreendido, além de um triturador de drogas, nos traz a certeza de que o entorpecente destinava-se à mercancia e não para uso pessoal. Não há que se falar em tráfico privilegiado, na medida em que o acusado possui uma condenação anterior transitada em julgado. Por derradeiro, é mantida a causa de aumento, visto que o réu foi preso em flagrante transportando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a droga no interior de um coletivo.

Preliminares rejeitadas. Desprovimento do recurso. (fls. 46)

No presente *writ*, o impetrante assevera ser indevida a aplicação da majorante do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06. Sustenta que a utilização do transporte público servia para locomoção do paciente e, não, para disseminação ou comercialização da droga.

Pugna, assim, pelo afastamento da incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06.

Sem pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 61/72.

O Ministério Público Federal opinou, em parecer de fls. 77/80, pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.560 - RJ (2015/0163192-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se o afastamento da incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06.

A sentença, no que interessa, consignou:

Como o acusado transportava a droga destinada à mercancia ilícita em Ônibus coletivo, ou seja, em transporte público, aplica-se a causa de aumento prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/06.

[...]

Na terceira fase da aplicação da pena, não se verificam causas de diminuição de pena.

Por outro lado, está presente a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 40, III da Lei 11.343/06, que autoriza o aumento da pena em um sexto.

Assim fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. (fls. 15 e 18)

O Tribunal de origem, ao julgar a apelação defensiva, manteve a causa de aumento de pena, assinalando:

Por derradeiro, é mantida a causa de aumento, visto que o réu foi preso em flagrante transportando a droga no interior de um coletivo. (fls. 53)

A causa de aumento de pena em discussão está assim descrita na Lei n. 11.343/06, *litteris*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; [...]

Extrai-se do texto legal que a incidência da majorante pressupõe que o crime efetivamente seja praticado no interior do transporte público, em razão do maior risco ao meio social que representa a disseminação das drogas ilícitas em ambientes com grande circulação e concentração de pessoas.

Partindo dessa diretriz, ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que a mera utilização do transporte público pelo suposto criminoso, sem indícios de prática da mercancia ilícita no interior do veículo, não justifica a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06. Confirmam-se os precedentes:

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA. 1. A aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006 visa a punir com maior rigor a comercialização de drogas nas dependências ou imediações de determinados locais, como escolas, hospitais, teatros e unidades de tratamento de dependentes, entre outros. 2. 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. 3. Ordem concedida (HC 119782, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2014 PUBLIC 03-02-2014)

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA. DOSIMETRIA. LEI 11.343/06, ART. 40, III. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE NO INTERIOR DE TRANSPORTE PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DA NORMA. CONTROVÉRSIA RELACIONADA COM A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DE CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL AO PACIENTE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE DEFERIDA. I – A causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 somente tem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação nas hipóteses em que se verifica a comercialização de drogas nos locais referidos no preceito. Interpretação sistemática e teleológica do dispositivo legal, por meio do qual o legislador ordinário pretendeu, em face de certas situações, sancionar com maior rigor o tráfico de entorpecentes. II – A apreensão de substância entorpecente na posse de agente que se encontrava no transporte público – ônibus coletivo -, sem que haja comprovação de mercancia de drogas dentro do veículo, não é suficiente para aplicação da causa de aumento prevista na Lei Antidrogas. Alteração de entendimento da Primeira Turma. III – A pena-base fixada em 6 anos, num intervalo que varia de 5 a 15 anos, não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, não havendo, a meu ver, flagrante ilegalidade ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem, sendo certo, ainda, que não se pode utilizar “o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). IV - Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para afastar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 (HC 115815, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 27-08-2013 PUBLIC 28-08-2013)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, todavia, prevalecia o entendimento contrário, o que perdurou até o julgamento do REsp 1345827/AC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, em 18.3.2014, ocasião em que esta Corte Superior passou a alinhar-se à jurisprudência da Corte Suprema, afastando a incidência da causa de aumento de pena quando não evidenciado o uso do transporte público para mercancia ilícita de drogas. Confira-se a ementa do aludido precedente, bem como julgados posteriores de ambas as Turmas de competência penal do STJ:

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 STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

1. Não é cabível a interposição de agravo em recurso especial contra decisão que admite parcialmente o recurso especial, porquanto a controvérsia é encaminhada por inteiro à Corte Superior, que realizará, inevitavelmente, segundo juízo de admissibilidade sobre todos os temas apresentados no apelo especial. Não há, portanto, interesse recursal, incidindo, no caso os verbetes ns. 292 e 528 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

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 (REsp 1345827/AC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 27/03/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DE CITAÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA CONDUZIR A DROGA. EMPRESA PRIVADA. CONDIÇÃO INAPTA PARA AFASTAR A CONFIGURAÇÃO DA MAJORANTE. INCIDÊNCIA. NECESSIDADE DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DA SUBSTÂNCIA EM SEU INTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE AFASTAMENTO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEMANDAS QUE IMPLICAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. A característica privada da empresa de transporte não é apta a afastar a configuração da causa de aumento de pena, condição que altera tão somente o regime jurídico-administrativo que regula a atividade da concessionária e não a tipificação da conduta,

6. **Esta Corte pacificou o entendimento de que 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, que deve ser aplicada somente quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior (Precedentes do STJ e do STF).**

7. O afastamento da causa de aumento de pena do inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, como almejado pela impetração, esbarra na imprescindível análise do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.

8. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

9. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para afastar a majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e readequar a pena imposta ao paciente para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 735 (setecentos e trinta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da sua condenação (HC 234.105/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 22/6/2016)**

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, § 4º, C/C O ART. 40, III e V, DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM NA CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE DA DROGA PARA JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E PARA EMBASAR O USO DA FRAÇÃO MÍNIMA DE REDUÇÃO PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. BIS IN IDEM. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. NECESSIDADE DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DA DROGA NO INTERIOR DO VEÍCULO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] - **A partir do julgamento do Recurso Especial 1.345.827/SC, de Relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze (DJe 27/3/2014), esta Corte Superior passou a acompanhar a jurisprudência firmada pelas Turmas pelo Supremo Tribunal**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, no sentido de que a simples utilização de transporte público no tráfico de drogas não é suficiente para caracterizar a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, que somente deve ser aplicada quando comprovada a efetiva comercialização no interior do coletivo, fato que não ocorreu no caso em tela.

- Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida ex officio**, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, utilizando a quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas da dosimetria da pena e, ainda, excluindo a majoração decorrente da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 (HC 310.519/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/5/2016)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORANTES. ART. 40, INCISO I, DA LEI N. 11.343/2006. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. INVIABILIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS EM HABEAS CORPUS. ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/2006. TRANSPORTE PÚBLICO. MERA UTILIZAÇÃO COMO MEIO DE TRANSPORTAR A DROGA. CAUSA DE AUMENTO NÃO CONFIGURADA. COMERCIALIZAÇÃO NO INTERIOR DO COLETIVO. NECESSIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

[...] 4. A partir do julgamento do Recurso Especial 1.345.827/SC, de Relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze (DJe 27/3/2014), **esta Corte Superior passou a acompanhar a jurisprudência firmada pelas Turmas pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a simples utilização de transporte público no tráfico de drogas não é suficiente para caracterizar a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, que somente deve ser aplicada quando comprovada a efetiva comercialização no interior do coletivo.**

5. Habeas corpus não conhecido, mas **concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 486 dias-multa, em regime fechado** (HC 165.012/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 11/5/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE PÚBLICO. MAJORANTE. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE MERCANCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, firmou o entendimento de que **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 n. 11.343/2006, que deve ser aplicada apenas quando constatada a efetiva intenção de comercialização da substância em seu interior.** Ressalva deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator.

2. Ordem não conhecida. **Habeas corpus concedido, de ofício, para afastar a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 e, consequentemente, tornar a reprimenda do paciente definitiva em 7 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa** (HC 298.578/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015)

No caso concreto, as instâncias ordinárias aumentaram a pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, na fração de 1/6 (um sexto), pelo simples fato de que foi flagrado portando os entorpecentes no interior de veículo de transporte público urbano.

Assim, em atenção à jurisprudência dos Tribunais Superiores, impõe-se o afastamento da aludida majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06.

Passo a refazer a dosimetria da pena.

Verifico que a sua pena-base deve ser estabelecida no patamar mínimo legal, de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, assim como entendido nas instâncias ordinárias.

Na segunda fase, por ausentes agravantes ou atenuantes, mantenho a pena-base.

Na terceira etapa, concedo *habeas corpus* de ofício para afastar a majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Assim, considerando a ausência de qualquer outra causa de aumento ou de diminuição, fica a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Mantém-se o regime semiaberto de cumprimento inicial de pena.

Ante todo o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, porque substitutivo de recurso próprio, mas de conceder a ordem de ofício para afastar a majorante do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, redimensionando a pena do paciente para o patamar de 5 anos de reclusão, mantido o regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0163192-9

HC 329.560 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000771922014819003 771922014819003

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: FABIO DOS SANTOS SILVA JUNIOR

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.