



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 547.246 - MS (2014/0177031-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **SUELEN ORTIZ DE OLIVEIRA (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL**

EMENTA

REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO. ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE COLETIVO. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DA DROGA EM SEU INTERIOR.

1. A partir do julgamento do Recurso Especial 1.345.827/SC, este Colegiado modificou a orientação antes consolidada para acompanhar o entendimento firmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da referida majorante, que deve ser aplicada apenas quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior.

2. No caso em apreço, ausente a demonstração da intenção do agravado em praticar a mercancia dentro do transporte público, inviável é o reconhecimento da causa de aumento respectiva.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 547.246 - MS (2014/0177031-5)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : SUELEN ORTIZ DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão de fls. 336/342 que não conheceu do agravo em recurso especial, porém, concedeu *habeas corpus* de ofício para afastar a majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, em atenção à recente mudança de entendimento da Quinta Turma deste Sodalício sobre o tema.

Assevera o *Parquet* que, diferentemente do consignado na decisão atacada, não houve mudança de inteligência do Superior Tribunal de Justiça quanto à incidência da causa de aumento de pena prevista no referido artigo.

Consigna que, mesmo após o julgamento do REsp n. 1.345.827/AC, apontado como responsável pela mudança do paradigma, este Sodalício "continuou decidindo no sentido de que a simples utilização do transporte público como meio para a prática do tráfico de drogas é suficiente para o reconhecimento da aludida majorante, uma vez que tem natureza objetiva e aperfeiçoa-se com a constatação de ter sido o crime cometido no lugar indicado" (fls. 354/355).

Colaciona julgados proferidos pela Sexta Turma para validar sua alegação.

Entende que, como o tráfico ilícito de entorpecentes configura-se com a mera conduta de "transportar", e o dispositivo impõe a aplicação da majorante quando a infração for "cometida em transporte público", não pode o Poder Judiciário, invadindo a competência do Poder Legislativo, incrementar seu teor para interpretar pela necessidade de "efetiva mercancia da droga no interior do transporte público".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer o provimento do presente regimental para que seja decidido pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do agravo em recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 547.246 - MS (2014/0177031-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Em que pesem as razões apresentadas pelo Ministério Público Federal, a decisão monocrática deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Preliminarmente, é de se esclarecer que, realmente, a questão referente a incidência da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 não foi objeto de mudança de intelecção pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que mantém o posicionamento no sentido de que a simples utilização de veículo público para o transporte de substância entorpecente ilícita enseja o referido aumento no *quantum* da reprimenda.

Contudo, tendo em vista a recente modificação de entendimento da Quinta Turma deste Sodalício sobre a matéria em questão, verificou-se a existência de constrangimento ilegal apto a ensejar a atuação de ofício deste Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, o Tribunal de Justiça Estadual, ao negar o pedido de subtração da causa de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, assim fundamentou seu acórdão, *verbis*:

A defesa pugna pelo afastamento da causa de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, aduzindo que a jurisprudência predominante não aplica a majorante do tráfico em transporte público, se não houver provas de que o agente estava vendendo drogas dentro do veículo.

A tese não merece acolhimento.

A razão de ser da causa especial de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 - tráfico de drogas cometido em transporte público - é a de punir com maior rigor aquele que, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas, aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei 11.343/06.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em tela a apelante transportava 26,500 Kg de maconha em um ônibus que fazia o itinerário Coronel Sapucaia/MS - Campo Grande/MS, conforme auto de prisão em flagrante de f. 04.

O fato de a apelante estar comercializando ou não drogas no interior de transporte público não exclui a incidência da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, pois o transporte de drogas em transporte público também está inserido no tipo penal (art. 33, caput).

O objetivo do legislador ao prever tal causa de aumento, não teve em mente apenas punir pelo comércio, (tanto mais que o tipo penal prevê condutas múltiplas variadas, entre elas o transporte), mas justamente visou uma maior reprovação para o fato de a droga estar presente em locais como o transporte público, quando se torna mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização.

A doutrina de Guilherme de Souza Nucci destaca que a majorante em comento se justifica "quando for maior a aglomeração de pessoas, e mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga, razão pela qual se justifica a causa de aumento da pena" (in: Leis penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 793).

O STJ, revendo o posicionamento deste Sodalício acerca da incidência desta majorante, posicionou-se no AgRg no REsp 1293197/MS, julgado em 20.03.2012, no sentido de que não é necessário que a conduta do agente se utilize desse transporte público somente para nele difundir, usar ou comercializar entorpecentes, bastando que incida em qualquer um dos múltiplos núcleos do art. 33 da Lei de Drogas.

[...]

Assim, razoável o entendimento de que o aumento de pena previsto no inciso III do art. 40 da Nova Lei de Drogas não se limita apenas àquelas hipóteses em que o sujeito, efetivamente, ofereça a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam freqüentando esses locais determinados, devendo incidir como forma de diminuir a possibilidade de oferta de drogas nesses lugares elencados pela lei.

Por essas razões, tendo sido encontrada substância entorpecente na mala da apelante localizada no bagageiro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do ônibus, deve ser mantida a causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 1.343/06. (fls. 217/219)

Quanto ao tema, é relevante consignar que, em um primeiro momento, prevaleceu o entendimento de que a simples utilização do transporte público como meio para a prática do tráfico de drogas seria suficiente à aplicação da majorante legal.

A propósito, o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS EM TRANSPORTE COLETIVO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 40, INC. III, DA LEI Nº 11.343/06 CARACTERIZADA. [...]

2. A incidência da majorante prevista no art. 40, inc. III, da Lei de Drogas não se limita às hipóteses em que o sujeito, efetivamente, oferece sua mercadoria ilícita às pessoas que esteja frequentando o local. Deve incidir, também, como forma de diminuir a possibilidade de oferta de drogas nesses lugares e coibir aquele que se vale da natural dificuldade da fiscalização policial, em transporte público, para melhor conduzir a substância entorpecente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1334736/MS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 13/3/2013)

Todavia, a partir do julgamento do Recurso Especial 1.345.827/SC, também da relatoria do ilustre Min. Marco Aurélio Belizze, este Colegiado modificou a orientação antes consolidada para acompanhar o entendimento firmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da referida majorante, que deve ser aplicada apenas quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior.

Na ocasião, assim como defende o agravante, ponderou-se que a circunstância que torna a conduta mais reprovável, justificando a incidência da causa de aumento, é o incremento do risco à saúde pública, bem tutelado pela norma, o que ocorre quando a infração é praticada em locais com grande aglomeração de pessoas, facilitando a difusão do entorpecente.

Tal critério, aliás, seria razoável em função do perigo maior acarretado, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não se dá pela simples utilização do transporte público sem que as demais pessoas tenham qualquer contato com a substância entorpecente.

Por oportuno, transcreve-se a ementa do julgado aludido:

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. 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. (REsp 1345827/AC, Rel. Min MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/3/2014, DJe 27/3/2014)

Na mesma direção, colhem-se ainda os recentes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, V, DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRANSPORTE PÚBLICO PARA CONDUZIR A DROGA. INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DA SUBSTÂNCIA EM SEU INTERIOR. DESTINAÇÃO DA DROGA PARA OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. NÃO COMPROVADA. MAJORANTE. DESCABIDA.

I - 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.

II - O Tribunal a quo afastou a causa de aumento de pena do art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, por falta de provas da destinação da droga para outro Estado da Federação.

III - Não restando evidenciado o intuito de transporte da droga para outra unidade da Federação, revela-se correta a não incidência da referida causa especial de aumento de pena.

IV- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1295786/MS, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 18/6/2014, DJe 1/7/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE PÚBLICO. NÃO INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06. RESSALVA DE ENTENDIMENTO. COMÉRCIO DE SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS. LUCRO FÁCIL OU VANTAGEM FINANCEIRA. AGRAVANTE DO ART. 62, IV, DO CP. NÃO APLICAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Quinta Turma desta Corte, recentemente, alterando seu posicionamento anterior, firmou entendimento de que a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico de drogas, por si só, não caracteriza a causa de aumento descrita no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06. Ressalva de entendimento pessoal.

2. A vantagem financeira não é elementar do crime de tráfico, uma vez que o tipo penal ressalta a ilegalidade da conduta "ainda que gratuitamente", pressupondo o comércio de substâncias ilícitas a busca do lucro fácil ou de alguma vantagem financeira, sendo incabível para esta Corte a incidência da agravante prevista no art. 62, IV, do CP.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1350497/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 26/08/2014)

Ainda, do Supremo Tribunal Federal, destaca-se:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 119811, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/6/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-6-2014 PUBLIC 1-7-2014)

Portanto, em razão de não restar demonstrada no acórdão atacado a intenção da ora agravante em praticar a mercancia da substância ilícita no interior do transporte público, na medida em que a droga foi encontrada no bagageiro do ônibus, afigura-se incorreta a decisão recorrida que reconheceu a causa de aumento respectiva.

Frise-se, mais uma vez, que a Quinta Turma mudou seu entendimento, que agora encontra-se consoante a hodierna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, situação que enseja a manutenção da decisão monocrática.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0177031-5 **PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 547.246 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00023468220128120004 0002346822012812000450001 201401770315
20332420128120004 23468220128120004

EM MESA

JULGADO: 04/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SUELEN ORTIZ DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : SUELEN ORTIZ DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.