



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.094 - SP (2015/0179742-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PAULO ROBERTO DE JESUS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CESAR VIEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. TRANSPORTE PÚBLICO. INCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO NO INTERIOR DO COLETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência desta Corte, a partir do julgamento do REsp. 1.345.827/SC, de Relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, firmou orientação 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 n. 11.343/2006, que somente tem incidência quando comprovada a efetiva comercialização das drogas em seu interior, o que não ocorreu na presente hipótese, em que o paciente utilizou-se do coletivo apenas para transportar a droga que se encontrava em sua bagagem.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, excluindo a majoração decorrente da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.094 - SP (2015/0179742-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : PAULO ROBERTO DE JESUS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CESAR VIEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado de próprio punho por PAULO ROBERTO DE JESUS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Interposto recurso de apelação, foi desprovido.

Neste *habeas corpus*, sustenta a inaplicabilidade da causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, sob a argumentação de que utilizou-se do ônibus coletivo para transportar a droga, sem realizar qualquer ato de mercancia em seu interior.

Requer, assim, o afastamento da majorante em questão, com a redução do seu apenamento final.

O pedido liminar foi indeferido pelo então Relator, Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), que determinou a remessa dos autos à Defensoria Pública da União (e-STJ, fls. 24/26).

Prestadas as informações (e-STJ 36/51), a Defensoria Pública do Estado de São Paulo peticionou aos autos, requerendo a concessão da ordem de ofício conforme requerido na inicial ou, subsidiariamente, pelo encaminhamento da petição para o TJ/SP para autuação de revisão criminal.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, com a remessa dos autos à Defensoria Pública para as providências cabíveis.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.094 - SP (2015/0179742-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : PAULO ROBERTO DE JESUS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CESAR VIEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. TRANSPORTE PÚBLICO. INCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO NO INTERIOR DO COLETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência desta Corte, a partir do julgamento do REsp. 1.345.827/SC, de Relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, firmou orientação 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 n. 11.343/2006, que somente tem incidência quando comprovada a efetiva comercialização das drogas em seu interior, o que não ocorreu na presente hipótese, em que o paciente utilizou-se do coletivo apenas para transportar a droga que se encontrava em sua bagagem.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, excluindo a majoração decorrente da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS(Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, observo flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

O art. 40, III, da Lei de Drogas tem a seguinte redação:

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

[...]"

In casu, o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, tendo o juízo sentenciante entendido pela incidência da referida causa de aumento de pena, nestes termos:

"Comprovou-se a materialidade por meio dos autos de apreensão (fls. 6/7),

bem como pelos laudos periciais.

A autoria foi comprovada pelo conjunto probatório. Em especial, pela prova oral produzida em Juízo.

Os policiais federais Ronaldo Araújo e José Antônio Zuliani afirmaram que havia denúncia anônima de que alguém transportaria "bananas de dinamite" de Araçatuba(SP) a São Paulo(SP), num ônibus de empresa especificada, motivo pelo qual realizaram bloqueio na rodovia. Informaram que o ônibus que transportava o réu foi abordado, sendo que encontraram a droga em sua bagagem. Ronaldo ressaltou não se recordar como o réu se comportou ante a notícia de prisão (fl. 208). José, por sua vez, consignou que o réu confirmou a ocorrência (fl. 172).

O acusado Antônio César Vieira negou a autoria do crime. Alegou que, embora estivesse com o "ticket", sua mala não era aquela no interior da qual foi encontrada a "maconha". Aduziu que chegou a dizer aos policiais federais que aquela não era sua mala, apontando a correta e descrevendo os objetos nela contidos (fl. 217).

A negativa do réu não encontrou respaldo no acervo probatório.

Os relatos dos agentes policiais, nas duas fases, foram harmônicos. O réu não se desincumbiu do ônus de provar que aquela não era sua bagagem. Simplesmente dizer que sua mala era outra não basta, afinal, estava com o canhoto de nº 565.880, exatamente o número correspondente ao código de identificação afixado na bagagem.

Aliás, o canhoto indica que o réu guardou duas malas no bagageiro, pois há dois números de identificação colados no verso do bilhete, o mencionado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

565.880 e outro de nº 565.879. Durante interrogatório, ele não mencionou que transportava mais de uma mala, o que depõe contra a sua versão.

A expressiva quantidade é suficiente para a caracterização da finalidade de repasse.

A causa de aumento da parte final do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, foi devidamente comprovada pelo bilhete de passagem. A conduta gerou risco maior, já que a possibilidade de, a droga ser distribuída foi ampliada naquele ambiente." (e-STJ, fls. 38/39).

No julgamento do recurso de apelação, a incidência da causa de aumento foi ratificada pelo Tribunal *a quo*. Confira-se o seguinte trecho do julgado:

"As provas colhidas, no entanto, convergem em sentido contrário.

Os policiais federais participantes da diligência contaram ter recebido denúncia anônima de que um indivíduo transportaria bananas de dinamite em um ônibus rodoviário que faria a rota Araçatuba/SP x São Paulo/SP. Em revista ao transporte coletivo em que viajava o réu, os agentes federais localizaram uma mala contendo 27.004 gramas de maconha embaladas em 22 "tijolos" e o número da etiqueta identificadora colada na bagagem era o mesmo fixado no canhoto da passagem de ANTONIO que, na ocasião, informalmente admitiu a propriedade do entorpecente aos agentes da lei.

Esse é o quadro fático que emana dos coesos e harmônicos depoimentos dos policiais federais nas duas fases do procedimento (fls. 02/04, 172, 185 e 208).

Inexiste motivo para questionar a credibilidade desses relatos. ANTONIO era desconhecido dos policiais e não indicou qualquer desentendimento entre eles que motivasse uma falsa acusação.

De efeito, verifica-se que existem duas etiquetas de bagagem coladas no canhoto da passagem preenchida pelo réu, sendo que a numeração de uma delas coincide com aquela fixada na mala em cujo interior as drogas foram localizadas (fl. 08).

Insubsistente e improvable, portanto, a versão do réu, no sentido de que houve confusão do motorista ao fixar os tickets nas bagagens, visto que este funcionário não teria razões para, gratuitamente, incriminar um completo desconhecido." (e-STJ, fls. 43/44).

A jurisprudência desta Corte, a partir do julgamento do REsp. 1.345.827/SC, de Relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, firmou orientação 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 n. 11.343/2006, que somente tem incidência quando comprovada a efetiva comercialização das drogas no interior do coletivo, o que não ocorreu na presente hipótese, consoante se demonstrou claramente nos transcritos acima.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Em se tratando de crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

- Por outro lado, esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.

- No caso dos autos, o acórdão atacado diverge do atual entendimento da Suprema Corte sobre a matéria, pois a quantidade da droga foi utilizada tanto na primeira fase, para justificar o afastamento do mínimo legal, quanto na terceira, momento em que o juízo a quo as mencionou como justificativa para o uso da fração redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 abaixo da máxima prevista, configurando o vedado bis in idem.

- 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, 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. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 10/05/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFIGURAÇÃO. EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DOS ENTORPECENTES NO LOCAL. NECESSIDADE. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, fazendo do narcotráfico seu meio de vida, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

2. O simples fato de a apreensão da droga ter ocorrido em transporte coletivo, não é suficiente para amparar a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, sendo necessária a realização de prova no sentido da efetiva utilização do local para realização da prática criminosa, devidamente associada ao ânimo subjetivo do sujeito que nele atua com o fito de se aproveitar das condições favoráveis à mercancia, sob pena de se desvirtuar a *mens legis*, violando-se o princípio da individualização das penas. *In casu*, trata-se de tráfico interestadual de entorpecentes, sendo certo que o o meio de transporte era imprescindível à consecução do delito, sem que isso possa significar o comércio era realizado *in loco*.

3. Fixada a reprimenda final em 6 anos e 8 meses de reclusão, inviável a imposição do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal. Ademais, diante da existência de circunstância judicial desfavorável (quantidade de droga - quase 3 kg de maconha) e, ainda, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto (tráfico entre Estados da Federação e com envolvimento de adolescente de apenas 13 anos de idade), o regime mais adequado ao caso em testilha é o fechado.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa, mantido o regime inicial fechado." (HC 347.078/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 10/03/2016).

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concedo a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, excluindo a majoração decorrente da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0179742-3

HC 331.094 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00088630920118260438 20140000013113 5662011 88630920118260438

EM MESA

JULGADO: 14/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO ROBERTO DE JESUS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO CESAR VIEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.