

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

RECURSO ESPECIAL N. 1.345.827-AC (2012/0203089-9)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre

Recorrido: Ericle Araújo de Freitas

Advogados: Patrich Leite de Carvalho

Luccas Vianna Santos

Agravante: Ministério Público do Estado do Acre

Agravado: Ericle Araújo de Freitas

Advogados: Patrich Leite de Carvalho

Luccas Vianna Santos

EMENTA

1. Direito Penal. Agravo em recurso especial. Admissão parcial do recurso. Interposição simultânea de agravo. Não cabimento. Súmulas n. 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. 11.343/2006. 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.

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 n. 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.

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, não conhecer do agravo e conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator.

DJe 27.3.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de agravo em recurso especial e de recurso especial interpostos pelo Ministério Público, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Acre.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual se deu parcial provimento para afastar a causa de aumento, nos termos da seguinte ementa (fl. 300):

Apelação criminal. Tráfico de drogas. Aplicação da pena-base no mínimo legal. Impossibilidade. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo. Vedação. Circunstâncias objetivas da infração penal. Exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas. Possibilidade. Provimento parcial do apelo. 1. Não há que se falar em fixação da pena-base no mínimo legal quando as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao apenado. 2. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicada com observância das circunstâncias objetivas que ladearam a infração, sobretudo o modo de agir do autor e a quantidade de droga apreendida, não obstante sua inaplicabilidade, desde que devidamente fundamentada. 3. Evidenciado que o apelante não estava oferecendo droga no interior do transporte público, deve ser excluída de sua condenação a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei Antidrogas.

No recurso especial, alega o Ministério Público, além de divergência jurisprudencial, violação ao art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, pois, a seu ver, referida causa de aumento “não se limita àquela hipótese em que o sujeito, efetivamente, oferece a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam dentro do transporte público, mas também àquele que se vale da natural dificuldade de fiscalização policial, em transporte público, para melhor conduzir a droga”.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 332-341 e o Tribunal de origem, às fls. 344-345, admitiu o recurso especial apenas pela alínea c do permissivo constitucional, inadmitindo pela alínea a, por ausência de prequestionamento. Diante da inadmissão parcial, o Ministério Público interpôs agravo em recurso especial, asseverando estar devidamente prequestionada a matéria.

Por fim, o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 384-387, pelo conhecimento e provimento do recurso especial, nos seguintes termos:

Recurso especial parcialmente admitido. Interposição de agravo. Falta de interesse recursal. Súmulas n. 292 e 528-STF. Tráfico ilícito de entorpecentes. Pleito de reconhecimento da majorante do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006. Possibilidade. Delito cometido em transporte público. Maior desvalor da conduta. Prescindibilidade do comércio de droga no interior do veículo. Pelo não conhecimento do agravo. Pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Inicialmente, no que concerne ao agravo em recurso especial, importante destacar não ser cabível a interposição do referido recurso contra decisão que admite parcialmente o recurso especial. Com efeito, ainda que o apelo especial não seja admitido em sua integralidade, tem-se que a controvérsia é encaminhada por inteiro à Corte Superior, que realizará, inevitavelmente, segundo juízo de admissibilidade sobre todos os temas apresentados no apelo especial.

Dessa forma, nos termos do que referido no parecer do Ministério Público Federal, não há interesse recursal apto a possibilitar o manejo do mencionado instrumento processual. Ao ensejo, confirmam-se os Verbetes n. 292 e 528 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que tratam do tema e se aplicam por analogia ao recurso especial:

Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.

Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

A propósito, veja-se ainda o seguinte precedente desta Corte Superior:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Decisão agravada que admite parcialmente o recurso especial. Falta de interesse recursal. Súmulas n. 292-STF e 528-STF. Descabimento.
1. A admissão parcial do recurso especial pelo Tribunal de origem não impede o exame pelo STJ de todas as questões nele veiculadas, independentemente da interposição de agravo de instrumento. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.342.835-SC, Relator o Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe 20.9.2011).

No que concerne ao recurso especial, verifico que a irrisignação cinge-se à análise acerca da incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, nos casos em que o entorpecente não é oferecido dentro do transporte público utilizado - no caso um táxi (fl. 205).

O Tribunal de origem considerou não ser possível aplicar a causa de aumento no caso dos autos, sob os seguintes fundamentos (fl. 303):

No tocante ao pleito de exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 (em transporte público) merece prosperar, já que embora pela leitura do dispositivo legal bastaria, para a sua incidência, que os entorpecentes fossem levados em transporte público, esta Colenda Câmara vem entendendo no sentido de que, *para a incidência da majorante seria necessário que o réu realizasse o oferecimento da droga às demais pessoas com quem utiliza o referido transporte* (Acórdão n. 12.115, rel. Des. Feliciano Vasconcelos, 20.10.2011), o que não é o caso dos autos, devendo, portanto, ser excluída a causa de aumento de pena.

Sobre o tema, importante destacar, num primeiro momento, que prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico de drogas, por si só, já caracteriza referida causa de aumento.

De fato, pondera-se que a incidência da majorante não se limita às hipóteses em que o sujeito, efetivamente, oferece sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam sendo transportadas, sopesando-se igualmente a natural dificuldade da fiscalização policial em transporte público para melhor conduzir a substância entorpecente.

Nesse sentido:

Habeas corpus substitutivo de recurso. Não cabimento. Tráfico de drogas. Causa de aumento de pena. Crime cometido em transporte público. Incidência. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Questão não submetida à apreciação do Tribunal de origem. Apelo exclusivo da acusação. Ilegalidade inexistente. 1. (...). 2. A aplicação da causa de aumento de pena em razão da prática do crime em transporte coletivo (art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006) não está limitada àquelas hipóteses em que o agente efetivamente venda, exponha à venda ou ofereça droga. É bastante, para tanto, a ocorrência de quaisquer dos verbos contidos no tipo penal dentro de coletivo. 3. (...). (HC n. 241.703-MT, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 1º.8.2013).

Agravo regimental no recurso especial. Tráfico de drogas em transporte coletivo. Art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Causa de aumento. Incidência. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que a mera utilização do transporte público como meio para realizar o tráfico de entorpecentes é suficiente à incidência da causa de aumento pertinente, que também se destinaria à repressão da conduta de quem se vale da maior dificuldade da fiscalização em tais circunstâncias para melhor conduzir a substância ilícita. 2. A aplicação do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, portanto,

não se limita às hipóteses em que o agente oferece o entorpecente às pessoas que estejam se utilizando do transporte público. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.333.564-PR, Relator o Ministro *Jorge Mussi*, DJe 23.5.2013).

Contudo, entendo não ser esta a melhor interpretação a ser dada à parte final da norma esculpida no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas. De fato, referido artigo dispõe que devem ser aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) as penas previstas nos arts. 33 a 37 da Lei n. 11.343/2006, se:

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*;

Nesse contexto, para a imposição de maior punição àquele que transporta a droga em veículo coletivo e não em veículo particular, mostra-se indispensável aferir qual a efetiva razão da causa de aumento da pena. Considerar que o legislador visou simplesmente coibir o traslado de substância entorpecente em transporte público, sem levar em conta outras circunstâncias do delito, situaria a majorante como uma mera causa objetiva, conforme tem sido salientado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, referido entendimento não esclarece qual o fator apto a tornar a conduta daquele que utiliza um ônibus mais gravosa do que a daquele que utiliza carro particular. Tem-se tentado justificar a majorante no fato de a fiscalização ser mais difícil nos transportes públicos, bem como na dificuldade que se pode encontrar eventualmente para identificar o dono do entorpecente.

Contudo, considero que a fiscalização deve se dar de forma igual nos veículos públicos e nos particulares, podendo se tornar até mais dificultosa em um transporte particular, ante a possibilidade de a pessoa esconder a droga em lugares por vezes inusitados. Entendo, por exemplo, que a fiscalização ocorrida na utilização de aviões comerciais é extremamente criteriosa, não se sustentando, assim, referido argumento.

Sobre esse ponto, transcrevo trecho do voto proferido pela Ministra Rosa Weber no julgamento do *Habeas Corpus* n. 109.538-MS:

Questionável, por outro lado, o argumento *extra legem* de que o porte de droga em transporte público é de mais difícil detecção do que o transporte por qualquer outro meio, inclusive por veículos particulares. Não me parece que essa maior dificuldade esteja demonstrada ou seja passível de

demonstração ou possa ser considerada como algo aferível de pronto, sem margem para questionamentos. Concluo que a aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 exige, no tocante ao “transporte público”, a comercialização da droga no próprio transporte público, de todo insuficiente a mera utilização do veículo para a sua carga.

No mais, eventual dificuldade gerada para se identificar o proprietário do material ilícito não torna a conduta mais gravosa. Com efeito, a identificação da autoria delitiva não faz parte do tipo penal, mas sim da seara probatória, não sendo legítimo, portanto, aplicar pena mais grave sob essa motivação.

Saliente-se que as causas de aumento da pena estão relacionadas à maior vulneração do bem jurídico tutelado. Portanto, deve ser levada em consideração a maior reprovabilidade da conduta, o que, a meu ver, apenas se verifica quando o meio de transporte – público – é utilizado para difundir drogas ilícitas a um número maior de pessoas.

A propósito, veja-se lição de Vicente Greco Filho:

Segundo Vicente Greco Filho, “os locais enumerados, em geral os mais visados pelos traficantes em virtude da reunião de pessoas, fazem com que o perigo à saúde pública seja maior se a infração, em qualquer de suas fases de execução ou formas, ocorrer em seu interior ou proximidades”. (GRECO FILHO, V. *Tóxicos: prevenção-repressão*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232).

Nessa linha de raciocínio, 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. Tem-se, dessa forma, critério razoável em função do perigo maior acarretado, o que não ocorre pela simples utilização do transporte público sem que as demais pessoas tenham qualquer contato com a substância entorpecente.

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 n. 11.343/2006” (HC n. 119.782, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 31.1.2014).

Nesse sentido:

Habeas corpus. Penal. Tráfico ilícito de drogas. Pena. Dosimetria. Lei n. 11.343/2006, 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 11.343/2006 somente tem 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 - (...). 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 n. 11.343/2006. (HC n. 115.815, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 27.8.2013).*

Por oportuno, confira-se ainda a seguinte notícia veiculada na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, referente ao julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.676-MS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em sessão realizada em 11.3.2014, e com acórdão pendente de publicação:

1ª Turma reduz pena de condenada que transportava droga em ônibus.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu *Habeas Corpus* (HC n. 118.676) para reduzir a pena aplicada a uma mulher condenada por tráfico de drogas pela Justiça do Mato Grosso do Sul. O entendimento adotado foi de que o simples fato de se utilizar transporte público para transportar a droga não implica aumento da pena. Condenada pela Justiça local a 1 ano e 8 meses de detenção por transportar 100 gramas de cocaína em um ônibus, a ré teve a pena aumentada para 1 ano, 11 meses e 10 dias em julgamento de recurso interposto pelo Ministério Público ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segundo a decisão daquela corte, a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico já caracteriza a causa de aumento de pena previsto no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006). Segundo o dispositivo da lei, as penas previstas para tráfico são aumentadas se a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de diversos

estabelecimentos – como escolas e hospitais – e em transportes públicos. *Para o relator do habeas corpus no STF, ministro Luiz Fux, a ré não incidiu na causa de aumento da pena de fazer do ônibus um instrumento para a venda. “Ela estava transportando com ela a substância, de sorte que não haveria sentido em aplicar a majorante como se ela estivesse vendendo dentro de um ônibus ou em uma escola”, afirmou o relator em seu voto, acompanhado pela Turma por unanimidade.*

Portanto, tendo o Tribunal de origem consignado que nem sequer ficou demonstrada a intenção do recorrente em difundir o entorpecente dentro do transporte público, entendendo não ser possível se cogitar da incidência da causa de aumento ora em tela.

Ainda que superada aludida tese, mostra-se igualmente inviável restabelecer a incidência da referida causa de aumento no presente caso, haja vista o recorrido ter se utilizado de um táxi. Com efeito, apesar de se tratar efetivamente de modalidade de transporte público, evidente que não se trata, em regra, de transporte coletivo ou simultâneo de passageiros.

Assim, persistindo, eventualmente, a conclusão no sentido de que a causa de aumento incide em razão da dificuldade de fiscalização, tem-se que o transporte por meio de táxi se assemelha ao transporte em carro particular, sofrendo, portanto, o mesmo tipo de fiscalização. Da mesma forma, inviável se falar em dificuldade de identificação do proprietário do material ilícito, pois se trata, em regra, de transporte público individual.

Portanto, independentemente da tese que prevaleça sobre a incidência da causa de aumento, tenho que a conduta consistente na utilização de táxi para transporte da droga, sem comercialização para terceiros, não se insere na aludida causa de aumento de pena. De fato, não há aglomeração de pessoas, a fiscalização se equipara à de carro particular e se trata, em regra, de transporte individual, ou seja, de transporte não simultâneo de passageiros.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.