



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

19 de julho de 2017

1ª Seção Criminal

Embargos Infringentes e de Nulidade - Nº 0000992-40.2013.8.12.0019/50000 - Ponta Porã

Relator – Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto

Embargante : Fernanda Thais de Queiroz

DPGE - 2ª Inst. : Oziel Miranda (OAB: 5372/MS)

Embargado : Ministério Público Estadual

Proc. Just : João Albino Cardoso Filho (OAB: 2526/MS)

**E M E N T A – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO INC. III, ART. 40 DA LEI DE DROGAS – TRAFICÂNCIA NAS DEPENDÊNCIAS DE TRANSPORTE COLETIVO – NECESSIDADE DE DIFUSÃO, DIVULGAÇÃO OU MERCANCIA DA DROGA NO INTERIOR DO COLETIVO – CAUSA DE AUMENTO AFASTADA – EMBARGOS ACOLHIDOS.**

Segundo o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, o mero transporte do entorpecente, utilizando-se o agente de um coletivo para levar a droga a determinado destino, não tem por si só o condão de ensejar o reconhecimento da causa de aumento de pena descrita no inc. III do art. 40 da Lei Antidrogas. Mister se faz a comprovação de que o(a) autor(a) da traficância se valha da condição corriqueira da multiplicidade de pessoas no interior do transporte público, para divulgar, distribuir ou realizar a mercancia. No caso dos autos não restou demonstrado que a embargante utilizou o coletivo como meio de difusão, senão apenas que foi o meio de transporte pelo qual a acusada levaria a substância para o seu destino.

**Contra o parecer, acolho os embargos infringentes para o fim de afastar a causa de aumento de pena descrita no inciso III (traficância nas dependências de transporte público) do art. 40 da Lei Antidrogas.**

## A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, dar provimento por unanimidade, decisão contra o parecer.

Campo Grande, 19 de julho de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

**Fernanda Thaís de Queiroz** opõe *Embargos Infringentes* contra o v. Acórdão de f. 183-191, proferido por esta 2ª Câmara Criminal, que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso de apelação ministerial e afastou de ofício a hediondez do tráfico privilegiado.

Pugna pela prevalência do voto vencido, exarado pelo i. Relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, segundo o qual não seria cabível o reconhecimento da majorante prevista no inciso III (tráfico praticada nas dependências de transporte público) do art. 40 da Lei Antidrogas.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer de f. 19-25, opinou pelo não provimento do recurso.

## V O T O

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

**Fernanda Thaís de Queiroz** opõe *Embargos Infringentes* contra o v. Acórdão de f. 183-191, proferido por esta 2ª Câmara Criminal, que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso de apelação ministerial e afastou de ofício a hediondez do tráfico privilegiado.

Pugna pela prevalência do voto vencido, exarado pelo i. Relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, segundo o qual não seria cabível o reconhecimento da majorante prevista no inciso III (tráfico praticada nas dependências de transporte público) do art. 40 da Lei Antidrogas.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer de f. 19-25, opinou pelo não provimento do recurso.

## **Passo a analisar.**

Assim restou ementado o acórdão embargado, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público:

**"E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - ART. 33, CAPUT DA LEI N. 11.343/2006 - APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO INCISO III DO ART. 40 DA LEI N. 11.343/2006 - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO.**

*Conforme o disposto no inciso III do art. 40, lei de drogas, a realização da infração penal no interior de transportes públicos é causa suficiente para ensejar a aplicação da causa de aumento, independentemente,*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*inclusive, da intenção do agente praticar a venda da droga em seu interior, conforme o Superior Tribunal de Justiça.*

**REFORMA DA SENTENÇA EX OFFICIO - AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO PREVISTO NO ART. 33, CAPUT DA LEI N. 11.343/2006 - POSSIBILIDADE.**

*Ressalvado o meu posicionamento pessoal - por se tratar de mera causa de diminuição de pena, não afastava a hediondez do delito, que continuava a ser o tráfico de drogas previsto no caput do referido dispositivo, à luz do disposto na Súmula 512 do STJ - considerando o recente julgamento do HC 118.533/MS, em 23/06/2016, pelo Supremo Tribunal Federal, em que restou decidido que o crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda, passo a adotar esta diretriz Jurisprudencial.."*

Nos termos do Relator, cujo voto foi parcialmente vencido (no que tange ao reconhecimento da causa de aumento de pena):

*"A insurgência recursal relaciona-se à dosimetria da pena, haja vista*

*que, na ótica do MPE, não agiu com acerto da julgadora de primeira instância ao não reconhecer a majorante do inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas.*

*Entrementes, encontra-se sedimentado o entendimento jurisprudencial no sentido de que majorante em questão alcança a conduta caracterizada pelo oferecimento da droga para consumo de terceiros que estejam ocupando o transporte público, utilizando-se deste meio para disseminar o entorpecente, o que não se coaduna com a hipótese dos autos, em que a ré simplesmente se valeu do ônibus coletivo para se deslocar de um local para outro, mas sem intenção de comercializar o entorpecente dentro do transporte público (nesse sentido: TJMS - Primeira Turma Criminal, Apelação Criminal n. 2010.031749-4, Relatora Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes, j. 14.12.2010; Segunda Turma Criminal, Apelação Criminal n. 2009.032748-4, Relator Designado Des. Manoel Mendes Carli, j. 8.7.2010; Seção Criminal, Revisão Criminal n. 2009.029907-5, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, j. 16.6.2010, dentre outros).*

*Entender que o simples fato de alguém ser preso transportando entorpecente em transporte público é suficiente para majorar a pena, implicaria valoração discriminatória aos hipossuficientes, sem nenhuma razão substancial plausível, pois o agente que transportar drogas de automóvel particular, por ter condições financeiras de realizar a conduta com meios próprios, terá pena menor do que aquele que o faz por transporte público em decorrência da respectiva pobreza.*

*Nesse sentido é o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, conforme se infere dos seguintes julgados: HC 118676, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014; HC 115815, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013.*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*Merece ser lembrado que o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento para passar a adotar a orientação da Corte Suprema, conforme se infere dos seguintes julgados: AgRg no REsp 1490456/RJ, Rel. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado), Sexta Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 05/06/2015; HC 305.591/MS, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado), Quinta Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 02/02/2015.*

*Logo, não merece provimento o apelo ministerial." (f. 185-186)"*

O Revisor divergiu em parte, a saber, para reconhecer a causa de aumento de pena do art. 40, inc. III da Lei de Drogas, veja-se:

*“Como bem se sabe, o legislador ordinário, no âmbito do art. 40 da Lei de entorpecentes, estabeleceu determinadas causas de aumento de pena para os delitos de tráfico de drogas, cuja consumação ocorra em determinados locais onde haja maior facilidade de disseminação do vício, em razão da maior concentração de pessoas.*

*Reza o inc. III do art. 40 da Lei de Drogas que as penas previstas nos arts. 33 a 37 da legislação de drogas serão aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), 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".** (Destaquei).*

*Assim, a mera realização da infração penal no interior de transportes*

*públicos é causa suficiente para ensejar a aplicação da causa de aumento sob exame, de modo a exasperar a reprimenda penal no âmbito da etapa final da dosimetria.*

*A propósito, sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça consolidou*

*entendimento no sentido de que basta que o crime seja cometido em transporte público para que seja possível a incidência dessa causa de aumento, independentemente da intenção de o agente praticar a venda da droga em seu interior.*

*A esse respeito, destaco os seguintes julgados:*

*(...)*

*No caso em tela, diante de todo contexto probatório, especialmente os depoimentos testemunhais, restou perfeitamente comprovado que a apelada foi presa, em flagrante delito, pelos Policiais Rodoviários Federais, enquanto faziam fiscalização de rotina, no ônibus da Empresa "Expresso Queiroz LTDA", com itinerário Ponta Porã/Campo Grande.*

*Refiro-me à confissão da apelada (fls. 103-106), aos depoimentos dos policiais Carlos José de Souza Paschoal e Alaércio Dias Barbosa (fls. 103-106).*

*Logo, aplico a causa de aumento prevista no inciso III do art. 40 da*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*Lei n. 11.343/2006, tendo em vista ser irrelevante a intenção da apelada em disseminação do entorpecente no interior do ônibus. ”*

O vogal, Sr. Desembargador Carlos Eduardo Contar acompanhou o revisor no que atine à causa de aumento de pena em questão, e divergiu quanto a outro ponto, não objeto destes embargos (em síntese, afastamento da hediondez do tráfico privilegiado).

Vê-se, então, que a questão divergente da decisão não unânime na segunda instância, à qual se restringe o presente recurso, consiste no cabimento da causa de aumento de pena do art. 40, inc. III da Lei n.º 11.343/06, almejando o embargante a prevalência do voto vencido, pelo qual, não estaria caracterizada.

Pois bem.

**Os embargos infringentes merecem prosperar.**

Explico.

No caso em análise, a substância entorpecente apreendida estava sendo transportada pela embargante no ônibus da Empresa "Expresso Queiroz LTDA", percurso Ponta Porã/Campo Grande, todavia, **sem qualquer indício de difusão, uso ou mercancia da droga no interior do coletivo**. Tal fato, afasta a caracterização da causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/06.

Segundo o entendimento sedimentado pelo **Superior Tribunal de Justiça**, o mero transporte do entorpecente, utilizando-se o agente de um coletivo para levar a droga a determinado destino, não tem por si só o condão de ensejar o reconhecimento da causa de aumento de pena descrita no inc. III do art. 40 da Lei Antidrogas.

Mister se faz a comprovação de que o(a) autor(a) da traficância se valha da condição corriqueira da multiplicidade de pessoas no interior do transporte público, para divulgar, distribuir ou realizar a mercancia, o que não é o caso dos autos.

Buscou o legislador impor maior rigor à conduta de tráfico nos locais em que há aglomeração de pessoas e a traficância é facilitada, isso com o fito de proteger um maior número de pessoas.

Veja-se, do entendimento atual e consolidado pela E. Corte Superior de Justiça:

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. NECESSIDADE DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO**



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

**DA DROGA NO INTERIOR DO VEÍCULO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** 1. *O Tribunal de origem alinha-se à orientação jurisprudencial desta Corte Superior ao concluir que a simples utilização de transporte público no tráfico de drogas, sem a efetiva comercialização do entorpecente no interior do veículo, não caracteriza a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.* 2. *Agravo regimental não provido.*" (STJ, AgRg no REsp 1591404 / PR, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª turma, julg. 16/03/2017, publ. 23/03/2017) (grifei)

**"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. (...)"* (STJ, HC 331094 / SP, 5ª turma, Min. Ribeiro Dantas, julg. 14/06/2016, publ. 21/06/2016) (destaquei)

Logo, devem ser acolhidos os presentes embargos e, por conseguinte, afastada a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/06.

**Ante o exposto**, contra o parecer, **acolho os embargos infringentes** para o fim de afastar a causa de aumento de pena descrita no inciso III (traficância nas dependências de transporte público) do art. 40 da Lei Antidrogas.



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO POR UNANIMIDADE, DECISÃO  
CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 19 de julho de 2017.

jcm