A (DES)NECESSIDADE DA EFETIVA MERCANCIA PARA CONFIGURAÇÃO DA MAJORANTE NO TRÁFICO DE DROGAS EM TRANSPORTE PÚBLICO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

THE (UN) NEED FOR EFFECTIVE MERCHANT TO CONFIGURE THE MAJOR IN DRUG TRAFFICKING IN PUBLIC TRANSPORT AND THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURTS

Rodrigo Leventi Guimarães[1]
Eiko Danieli Vieira Araki[2]

RESUMO: O presente ensaio visa acalorar o debate travado acerca da necessidade (ou não) da *efetiva* prova da mercancia do entorpecente no interior do transporte público para configuração do tráfico de drogas e a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei de Drogas, tendo em vista a natureza de crime de perigo abstrato. Registre-se que a metodologia utilizada para elaboração deste artigo foi pesquisa bibliográfica doutrinária e especializada, bem como das decisões judiciais dos Tribunais Superiores, no período de 2013 a 2020.

Palavras Chaves: Crime, Perigo, Abstrato, Constitucionalidade, Configuração

ABSTRACT: This essay aims to warm up the debate about the need (or not) for the effective proof of the narcotics merchandising inside public transport to configure drug trafficking and the incidence of the major provided for in article 40, III, of the Drug Law, having in view of the nature of abstract danger crime. It should be noted that the methodology used to prepare this article was the doctrinal and specialized bibliographic research, as well as the judicial decisions of the Superior Courts, in the period from 2013 to 2020.

Keywords: Crime, Danger, Abstract, Constitutionality, Configuration.

1 Graduado em Direito (2006). Especialista em Direito Público (2008); Direito Penal e Processual Penal (2015); Direito Civil e Processual Civil (2020); *Master Business Administration* em Gestão de Instituições Públicas (2021). Mestrando em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR (2021/1). Membro do Ministério Público de Rondônia. E-mail 21829@mpro.mp.br

2 Graduada em Direito (1992). Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal (1995); em Tutela dos interesses difusos, coletivos (2007). Mestranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR (2021/1). Promotora de Justiça do Ministério Público de Rondônia. E-mail: 21324@mpro.mp.br

INTRODUÇÃO

1.1 Da natureza jurídica das causas majorantes do crime de tráfico de drogas.

O tráfico de drogas é crime previsto na Lei Federal nº 11.343/2006, contendo a causa majorante no artigo 40, inciso III, parte final[3] , onde se prevê a hipótese quando praticada em transporte público.

Tal espécie de ilícito é considerada como de perigo abstrato, cujo dano ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde e incolumidade pública, inexige ação concreta, sendo – o dano – presumido pela lei.

Para Greco (2019), o crime de perigo abstrato é aquele para o qual basta a prática do comportamento previsto pelo tipo penal para que a infração esteja consumada, independentemente da produção efetiva do perigo ao bem juridicamente tutelado.

Na mesma esteira de raciocínio, a doutrina de Nucci (2021) entende que os delitos de perigo abstratos se referem à probabilidade de ocorrer o dano, que está presumido, independendo de prova. O *ex professo* cita o exemplo do porte ilegal de substância entorpecente – arts. 28 e 33, Lei Federal nº 11.343/2006. Isto é, a finalidade da presunção é proteger com mais ênfase a saúde pública, uma vez que a vítima é a coletividade.

Para Bottini (2019), os crimes de perigo abstratos são compatíveis com a Constituição Federal de 1988, sendo produto do aperfeiçoamento das técnicas de elaboração de normas penais. Veja-se:

> O crime de perigo abstrato é fruto da moderna técnica legislativa penal. [...] A própria Constituição Federal, em seu art. 5 º, XLIII, estabelece que o crime de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Ora, o crime de tráfico de drogas é um crime de perigo abstrato, que prescinde do resultado para sua configuração. Não é necessário que o usuário seja lesionado, que use a droga, seja exposto a perigo, ou a compre. Sendo assim, parece que tal técnica legislativa, ainda que questionável, não se mostra incompatível com o Texto Maior.

3 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**.

A esse respeito, os crimes de perigo abstrato não violam o princípio da legalidade porque a mera exposição do bem jurídico já perfez o dano, de maneira que a lei antecede a própria lesão para que haja efetiva proteção.

Com efeito, a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato já foi assentada mais de uma vez pelo Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição Federal. Veja-se trecho do voto da então Min. Ellen Gracie, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.057-8/SP, em que cita a doutrina de Fernando Capez:

> **O crime é de mera conduta e, segundo dicção de Fernando Capez, de perigo abstrato, não tendo a lei exigido a efetiva exposição de outrem a risco, sendo irrelevante a avaliação subsequente sobre a ocorrência de perigo à coletividade.** Nos crimes de perigo abstrato, segundo Capez, "a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente, **típico independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade humana.** Ao contrário. Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde o seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo. Trata-se de legítima opção política de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado. **Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o desejo manifestado pela lei.** Negar vigência ao dispositivo nos casos em que não se demonstra perigo real, sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana, implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis. Diminuindo a proteção às potenciais vítimas de ofensas mais graves, produzidas mediante o emprego de armas de fogo, deixando-as a descoberto contra o dano em seu nascedouro, o intérprete estará relegando o critério objetivo da lei ao seu, de cunho subjetivo e pessoal. Privilegia-se a condição do infrator em detrimento do ofendido, contra a expressa letra da lei. A presunção da injuria, por essa razão, caracteriza mero critério de política criminal, eleito pelo legislador com a finalidade de ofertar forma mais ampla e eficaz de tutela do bem jurídico." ("Arma de Fogo - Comentários à Lei nº 9.437, de 20.2.1997", ed. Saraiva, 1997, págs. 25/26). Destacado.

De igual forma, as causas majorantes são aquelas que fixam patamares que aumentam a pena quando o crime é praticado em contexto que provoca maior censurabilidade da conduta.

Por revelarem-se desdobramentos dos comportamentos previstos na cabeça do artigo da lei penal, as causas majorantes "*são situações que constituem figuras típicas, também denominadas formas qualificadas, derivadas do tipo simples ou fundamental*" (SANTOS, 2002).

Sendo, então, decorrentes da conduta principal, as causas de aumento de pena possuem a mesma natureza jurídica daquela, já que delas dependem para aplicação da exasperação da pena, não havendo distorção acerca da sua constitucionalidade.

1.2 Da evolução histórica e jurisprudencial acerca do crime de tráfico de drogas.

Rememora-se que até o ano de 2006, vigorava no ordenamento jurídico brasileiro a Lei Federal nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei Federal nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, quando, então, foram totalmente revogadas com o advento da Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (art. 75).

Apesar de já ser combatido o tráfico de drogas, é neste novel Diploma Legislativo que se instituiu o "*Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad*", cujo objetivo é tutelar a saúde pública (art. 3º).

Tal sistema prescreve, também, as medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelecendo, ainda, normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes, definindo, também, os define crimes referentes à mercancia.

No ponto, a norma conceituou drogas como sendo "*as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*[4] ".

Há de se invocar outro tema de igual importância para a correta compreensão do conceito de drogas. É que o disposto no parágrafo único é o que se entende por norma penal em branco.

4 Art. 1º. [...] Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União

Com efeito, consta no dispositivo citado a expressão que indica que o complemento se dará por ato do Poder Executivo da União, isto é, "as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União".

Para Estefam & Gonçalves (2020) trata-se da lei cujo preceito primário é incompleto, embora o preceito secundário seja determinado. Veja-se:

> Tal lei tem de ser completada por outra, já existente ou futura, da mesma hierarquia ou de hierarquia inferior. Exemplo: os tipos penais da Lei n. 11.343/2006 são leis penais em branco, uma vez que punem condutas relacionadas com drogas ilícitas sem descrever quais seriam essas substâncias (tal informação se encontra em ato administrativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA); o art. 237 do CP pune a conduta daquele que contrai casamento tendo ciência da existência de impedimentos que lhe causem nulidade absoluta, os quais se encontram no Código Civil.

De igual sentido, Guilherme de Souza Nucci (2020) ensina que normas penais em branco são aquelas cujo preceito primário (descrição da conduta) é indeterminado quanto a seu conteúdo, porém determinável, e o preceito sancionador é sempre certo.

Dividem-se em: a) normas impropriamente em branco, que se valem de fontes formais homogêneas, em outras palavras, são as que possuem o complemento em norma de igual hierarquia. Ex.: os impedimentos matrimoniais descritos no tipo do crime do art. 237 (casar-se conhecendo tais impedimentos) são encontrados no Código Civil, que possui o mesmo status legal do Código Penal; b) normas propriamente em branco, que se utilizam de fontes formais heterogêneas, porque o órgão legiferante é diverso, ou seja, buscam o complemento em norma de inferior hierarquia. Ex.: o crime contra a economia popular, referente à transgressão de tabela de preços, encontra o complemento (elaboração da tabela) em norma estabelecida por órgão do Poder Executivo, de diferente fonte normativa.

Assim, objetivamente, droga é aquilo que for definido pelo Poder Executivo da União, em complemento à lei.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Das causas majorantes

2.2 Artigo 40, III – Da majorante do Transporte Público

Causas majorantes são aquelas que definem um percentual de aumento de pena, caso o crime seja praticado em determinadas circunstâncias que o tornam mais nocivos (PRADO, 2019).

Identificam-se por ordem fracionária, por exemplo, o artigo 40 da Lei de Drogas, que dispõe que "*as penas previstas nos arts. 33 a 37 são aumentadas de um sexto a dois terços*".

Salienta-se que as causas de aumento podem transpor os limites máximo e mínimo da pena-base, uma vez que há quantificação predeterminada.

Dentre as causas majorantes tipificadas nos incisos do artigo 40 da Lei de Drogas, consta aquela que é objeto de análise deste ensaio, qual seja, o tráfico no transporte público, sendo importante entender como se tem revelado a interpretação do Superior Tribunal de Justiça.

Consta no referido inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas que a pena será aumentada se a "*infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de [...] em transportes públicos*".

Assim, para configuração do delito, há que se demonstrar a existência do elemento subjetivo da conduta tipificada, isto é, do dolo de transportar a droga em veículo público.

A materialidade delitiva deve estar comprovada nos autos, de fato! Mas, o ponto controverso é: para configuração da majorante citada, faz-se necessária a *efetiva mercancia* do entorpecente dentro do veículo público? Acredita-se que não.

Explica-se!

Ao prever a prática de tráfico de drogas em transporte público dentre as causas majorantes, a norma está protegendo a diversidade de pessoas que ficam à disposição do traficante enquanto este transita no veículo coletivo.

Quer-se dizer que as pessoas que usam diariamente o referido meio coletivo de locomoção ficam à mercê do traficante como se presas fossem diante do predador, já que este tem o deslocamento como instrumento para

arregimentar pessoas, bem como para maquiar o transporte da droga, dando uma roupagem de licitude à conduta criminosa.

Verifica-se que a norma inibe o aproveitamento da confiança que se deposita no transporte público, para que, acima de qualquer suspeita, possa levar a droga de um ponto a outro sem ser incomodado.

A doutrina especializada, assim como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, edificou o pensamento no sentido de incidir a aludida majorante sem que se faça necessária a efetiva mercancia do entorpecente dentro do transporte público para sua caracterização.

Isto é, a configuração da majorante do inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas não exige que haja a concreta venda ou comercialização de entorpecentes dentro do veículo, justamente em razão do bem jurídico tutelado, que é a vulnerabilidade a que o grupo está sujeito, uma vez que agrega potencialização das condutas tipificadas no caput do artigo 33 da Lei de Drogas.

No julgamento pela SEXTA TURMA do STJ, do **HC 528.851-SP**, da lavra do Min. Rogerio Schietti Cruz, por unanimidade, julgado em 05/05/2020, DJe 12/05/2020, adotou-se o entendimento acima explanado.

A fundamentação do julgado conforma a argumentação acima explanada. Veja-se:

> Inicialmente, cumpre salientar que, segundo a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, **não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades.** [...] Decerto, a razão de ser dessa causa especial de aumento de pena é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais especificados no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, 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 citada lei), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil para o traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares. Destacado.

Não poderia ser diferente a intenção do legislador, sendo certo o magistério de Baltazar Jr. & Gonçalves (2020), em:

> […] Verifica-se que a conduta é considerada mais grave pela mera possibilidade de contato entre eles (as pessoas que fazem uso do transporte): "É pacífico neste Tribunal o entendimento de que a majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06 é de **índole objetiva**, prescindindo, portanto, da análise da intenção do agente criminoso em comercializar entorpecentes diretamente com os alunos do estabelecimento educacional" (STJ — HC 380.024/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6a Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 08/05/2017). Destacado.

No caso, é de fácil verificação que o veículo público possui grande potencial de utilização para transporte de entorpecente, não sendo razoável a exigência, para configuração do tráfico, de que o traficante venda a droga a algum dos passageiros.

Há condutas previstas no artigo 33 da Lei de Drogas, como exemplo: importar, exportar, remeter, transportar, trazer consigo e guardar, que são alvos do transporte coletivo e se configuram sem que haja intenção de se praticar a mercancia dentro do veículo.

O aproveitamento desse fato não é incólume, e a presunção legal de proteção ao bem jurídico tutelado tem o efeito pedagógico da reprimenda pela sanção, repelindo a impunidade e desestimulando a reiteração de atos dessa natureza.

Temos, também, a lúcida lição do professor Rogério Sanches Cunha (2019), no sentido de que:

> O objetivo da lei é proteger espaços que promovam a aglomeração de pessoas, circunstância que facilita a ação criminosa, evitando-se assim pulverização do tráfico e extirpação do próprio bem jurídico protegido. "Os crimes dos artigos 33 a 37 da Lei 11.343/06 podem ter a pena majorada se cometidos nas dependências (interior, compartimentos, cômodos) ou imediações (redondeza) de estabelecimentos prisionais (cadeias, penitenciárias e Fundação CASA), de ensino (escolas, faculdades, universidades, cursos técnicos) ou hospitalares (postos de saúde, hospitais, manicômios), de sedes de entidades estudantis (agremiações de estudantes,

> como sede da UNE), sociais, culturais (museus, exposições), recreativas (clubes, parques), esportivas (hipódromo, estádios, ginásios), ou beneficentes (orfanatos, asilos, casas de caridade), de locais de trabalho coletivo (empresas em geral, fazendas), de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza (cinema, teatro, shows, mesmo que ao ar livre), de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social (ambulatórios ou casas de recuperação), de unidades militares (batalhão) ou policiais (delegacias) **ou em transportes públicos (ônibus, rodoviárias, pontos de táxi)**". Destacado.

Para Capez (2019), o magistério é no sentido de que o caso veiculado irá fornecer elementos para o reconhecimento da majorante:

> […] A majorante em estudo incide nas hipóteses em que o crime for praticado perto de locais que gozam de especial proteção. […] **A avaliação deverá ser feita em cada caso concreto**, sem critérios ou medidas apriorísticas, mas levando-se em conta a combinação de dois fatores: curta distância e rápido acesso. **Impõe-se fazê-lo de modo a recrudescer a culpabilidade, ou seja, de maneira a que terceiros se apercebam e, com isso, possam ser estimulados a também praticar a mesma conduta.** Destaque.

A norma, conclui-se, confere proteção ao bem juridicamente protegido, tendo a natureza jurídica de perigo abstrato, ante a particular situação de vulnerabilidade.

Entretanto, em que pese sólido entendimento doutrinário fundamentar o aumento previsto, há entendimentos pretorianos contrários, conforme exposição que segue.

3 DO ENTENDIMENTO PRETORIANO

3.1 A divergência dos Tribunais Superiores

Apesar dos quase 15 (quinze) anos de vigência da Lei Federal nº 11.343/2006, os Tribunais Superiores ainda se debruçam sobre o tema drogas.

O Supremo Tribunal Federal (STF), pela 1ª Turma, tem denegado o aumento de pena de tráfico por uso de transporte público. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 122042, entendeu-se, por maioria, vencido o ministro

Alexandre de Moraes, que o mero uso do transporte público não configura a hipótese de majorante do inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas. O eminente ministro defendeu a interpretação da lei de modo a aumentar a pena.

No referido caso, o paciente foi flagrado durante fiscalização de rotina em ônibus na BR-463, perto de Ponta Porã (MS), portando 17 tabletes de maconha, de aproximadamente 20 kg. A pena foi aumentada em um terço após apelação do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, passando de 6 anos e 6 meses a 8 anos e 8 meses de prisão. Para isso, foi computado aumento previsto no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), segundo a qual a pena é aumentada se o delito for cometido em transporte público[5] .

Entendeu-se, no aludido julgamento, que o aumento da pena pressupõe a prática do comércio ilegal dentro do veículo de transporte público, e não meramente seu uso para locomoção. Isso porque o bem jurídico protegido pela norma legal é a permanência dos usuários no transporte público sem a ocorrência da prática criminosa.

Por sua vez, com razão a nosso ver, o ministro Alexandre de Moraes apresentou interpretação divergente, segundo a qual o objetivo da norma é evitar que o traficante use o sistema de transporte público para facilitar a distribuição de drogas.

O objetivo da lei, segundo o entendimento do e. ministro, não é apenas coibir a venda da droga dentro do transporte público, uma vez que essa é uma hipótese remota, afirmando que "*o traficante não vai comercializar dentro do ônibus, dentro do metrô, onde há uma série de testemunhas*".

A finalidade da previsão legal, sustenta ainda a divergência, é de impedir o uso do transporte público como meio facilitador da distribuição de drogas, justificando no caso concreto o aumento da pena.

Há outras decisões nesse sentido.

> EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DE 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 distribuição de drogas nas dependências

5 Com maior detalhes sobre os debates em julgamento Ver *in* http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=355425. Acesso em 04/06/2020.

> ou imediações de determinados locais, como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento de dependentes e transportes públicos, entre outros. 2. A mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não induz à aplicação da causa de aumento do inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006. 3. Ordem de habeas corpus concedida para afastar a majorante prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/2006, com o restabelecimento do acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no tópico. (HC 122258, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-09-2014 PUBLIC 02-09-2014).

> Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. LEI DE DROGAS – LEI 11.343/2006. TRAFICÂNCIA EM TRANSPORTE PÚBLICO. NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE MERCANCIA. AFASTAMENTO NO CASO DE MERA UTILIZAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO PARA CARREGAMENTO DO ENTORPECENTE. TELEOLOGIA DA NORMA. JURISPRUDÊNCIA DE AMBAS AS TURMAS. ORDEM CONCEDIDA. I - A mera utilização do transporte público para o carregamento do entorpecente não é suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006. Precedentes de ambas as Turmas. Orientação consolidada. II - A teleologia da norma é conferir maior reprovação ao traficante que pode atingir um grande número de pessoas, as quais se encontram em particular situação de vulnerabilidade. III – Ordem concedida para afastar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006. (HC 120624, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 09-10-2014 PUBLIC 10-10-2014).

Pelo Superior Tribunal de Justiça, há pacificação do tema. Veja-se:

> O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que 'o objetivo da lei, ao prever a causa de aumento de pena prevista no inc. III do art. 40, é proteger espaços que promovam a aglomeração de pessoas, circunstância que facilita a ação criminosa. Com vistas a atender o escopo da norma, o rol previsto no referido inciso não deve ser encarado como se taxativo fosse, a fim de afastar a aplicação da causa de aumento de pena' (REsp 1.255.249/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA

TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012)." (AgRg no AREsp 868.826/MG, j. 13/12/2018);

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. 11.343/06, 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. (STJ, T5 - Quinta Turma, AgRg no REsp 1.333.564/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/05/2013, p. DJe 23/05/2013). AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE PÚBLICO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Esta Corte firmou entendimento jurisprudência, no sentido de que a simples utilização de transporte público, para a circulação da substância entorpecente, é suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena, prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, T5 - Quinta Turma, AgRG no REsp 1.392.139/PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 19/08/2013, p. DJe 25/09/2013).

Conclui-se do estudo da jurisprudência do Tribunal da Cidadania que, para a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, é desnecessária a efetiva mercancia de entorpecente dentro do transporte público, sendo suficiente a demonstração do uso do transporte de drogas em veículo público, por ter natureza jurídica de crime de perigo abstrato.

4 DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA MAJORANTE DO TRÁFICO EM TRANSPORTE PÚBLICO

4.1 Do Mandado Constitucional de Criminalização

A escolha da Carta Magna para repreender acentuadamente o tráfico de drogas, conforme Gomes, Molina e Bianchini (2007), fundamenta-se no "Poder Constituinte Originário, na sua perspectiva da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ergueu os Mandados Constitucionais

de Criminalização, balanceando pelos postulados da razoabilidade e proporcionalidade."

Nesse plano, entendeu o constituinte que para as condutas mais ofensivas e graves praticadas contra a sociedade, a paz, o bem comum e a manutenção das relações harmônicas, essencial se faz a existência de ditames com maior rigor, evitando-se, assim, a banalização de determinados crimes cometidos no meio social.

É nesse contexto que incidem os postulados mandamentais, para se tratar de forma mais severa os tipos penais mais devastadores cometidos na sociedade.

Pois bem. Os mecanismos de combate ao tráfico de drogas estão fixados na Carta Magna, de forma até a autorizar a **extradição** em caso de envolvimento com o tráfico de drogas, até o **confisco** de bens colocados à disposição desse tenebroso crime. Veja-se:

CF/88. Art. 5º. *Omissis.*

> XLIII - a **lei considerará** crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o **tráfico ilícito de entorpecentes** e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os **mandantes**, os **executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem**;
> […]
> LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, *ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, na forma da lei;
> […]
> Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.
> Parágrafo único. **Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins** e da exploração de trabalho escravo **será confiscado** e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei" Destacado.

Das disposições supra, verifica-se nítido propósito de se combater

veementemente o tráfico de entorpecentes em toda modalidade ou forma praticada.

O traço repressivo é tão acentuado que o artigo 227, §3º, VII, também da Constituição Federal, prevê **programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins**.

Conclui-se, assim, que os mandados constitucionais de criminalização não são meras faculdades, direcionados apenas legislador ordinário, mas, pelo contrário, trazem em seu núcleo a carga da obrigatoriedade em seu atendimento, de observância obrigatória pelo Poder Judiciário e Executivo, impedindo o trato de forma insuficiente.

4.2 Da vedação à proteção deficiente

A prevenção geral e especial da pena em relação ao tráfico de drogas e, de acordo com nossa legislação penal vigente, tem função retributiva e preventiva, adotando-se, portanto, no direito pátrio uma teoria mista da pena (SANCHES, 2020).

Nesse passo, como fator delimitador da vedação de excessos em matéria criminal surge o **princípio da proibição de proteção insuficiente** (identificado com o chamado garantismo positivo), visto que a formulação garantista, encarada sobre seu aspecto negativo visa proibir a incidência do Direito Penal e Processual Penal de forma arbitrária, mas não neutralizar sua força. Isso porque é de todo evidente que, neste momento histórico, a total exclusão das normas criminais levaria a sociedade brasileira ao caos.

Tanto o princípio da proibição de excessos quanto o princípio da proibição da proteção deficiente derivam do princípio da proporcionalidade, e devem ser interpretados de acordo com este.

Por expressão da vedação da proibição da proteção deficiente, surge então o inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas, em que deve o magistrado majorar a pena quando o tráfico de drogas se utilizar de veículo público para transportar drogas.

E é nesse contexto dos Mandados Constitucionais de Criminalização e da Vedação da Proteção Deficiente que se sustenta o aludido dispositivo, incidindo na seara penal, visto que se de um lado há exigências prementes de que a restrição das liberdades seja cada vez mais norteada por mecanismos humanitários, há também a exigência de que não se passe, sob o argumento de proibição de excessos, a considerar "excesso" qualquer atitude no sentido

de reprimir a criminalidade, vindo o garantismo negativo a simplesmente anular o ius puniendi estatal (NUCCI, 2020).

É interesse lançar mão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que muito bem se aplica ao presente caso. Veja-se:

> **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** 638.491 PARANÁ RELATOR: MIN. LUIZ FUX. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. **TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TRÁFICO DE DROGAS**. VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME. DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE ACONDICIONAMENTO. DESNECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. **O confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, insculpido na própria Constituição Federal que o garante (art. 5º, caput, e XXII). 2. O confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, à semelhança das demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por requisitos outros que não os estabelecidos no artigo 243, parágrafo único, da Constituição**. 3. O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que **o crime não deve compensar**, perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. 4. O tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, através de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. 5. **Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Precedente: HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJ 26-03-2012**. 6. O confisco previsto no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia

> da Constituição, atentando à linguagem natural prevista no seu texto. Precedente: RE 543974, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJ 28-05-2009. 7. O Supremo Tribunal Federal sedimentou que: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFICÁCIA SUSPENSIVA ATIVA - TRÁFICO DE DROGAS - APREENSÃO E CONFISCO DE BEM UTILIZADO – ARTIGO 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Impõe-se o empréstimo de eficácia suspensiva ativa a agravo, suspendendo-se acórdão impugnado mediante extraordinário a que visa imprimir trânsito, quando o pronunciamento judicial revele distinção, não contemplada na Constituição Federal, consubstanciada na exigência de utilização constante e habitual de bem em tráfico de droga, para chegar-se à apreensão e confisco - artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. (AC 82-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-2-2004, Primeira Turma, DJ de 28-5-2004). 8. **A habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, in casu, da droga, não é pressuposto para o confisco de bens, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal**. 9. Tese: É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirira habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento". Destacado.

Grande é a valia dos argumentos acima, que visam desfazer a neblina sobre o tema, a fim de se evitar a reiteração de atos dessa natureza, desestimulando o uso de veículos públicos para o transporte de drogas, dada ainda a sua importante função social para aqueles que precisam se deslocar sem sujeitar-se ao tráfico de drogas.

CONCLUSÃO

O estudo ora desenvolvido conclui que o crime de tráfico de drogas é de perigo abstrato, recaindo a tutela jurídica sobre a saúde e incolumidade pública, inexigindo dano concreto para caracterização.

Por via de consequência jurídica, a causa majorante de pena quando cometido em transporte público, previstas no artigo 40, III, da Lei de Drogas, é desdobramento da conduta principal, possuindo a mesma natureza jurídica, uma vez que não há disposição que trate diversamente.

Por tal razão, isto é, pela natureza de crime de perigo abstrato, não há como se exigir a efetiva mercancia no interior do transporte público para configuração do tráfico de drogas.

Ademais, os Mandados Constitucionais de Criminalização, Princípio da Proibição da Proteção Deficiente, e da Razoabilidade e Proporcionalidade, acentuam o dever do Estado, em todas as suas Funções, em combater veementemente tal prática, inibindo qualquer deficiência na proteção da vítima, seja ela direta ou indireta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR Jr. José Paulo. GONÇALVES. Victor Eduardo Rios. **Legislação Penal Especial Esquematizado®**, 5ª Edição, SaraivaJur.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Os crimes de perigo abstrato.** Disponível em http://www.btadvogados.com.br/pt/artigo/os-crimes-de-perigo-abstrato-e-o-supremo-tribunal-federal/. Acesso em 14.4.2021.

CAPEZ, Fernando. **Arma de Fogo** - Comentários à Lei nº 9.437, de 20.2.199. São Paulo/SP, ed. Saraiva, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Legislação Penal** Especial, 14ª Edição, Editora SaraivaJur, Lei de Drogas.

CUNHA. Rogério Sanches. **Leis Penais Especiais Comentadas** – artigos por artigos. Salvador/BA. Editora Juspodvim. 2019.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado.** parte geral. Editora SaraivaJur. 9ª Edição. 2020.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. BIANCHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio (coord.); **Direito Penal – introdução e princípios fundamentais.** v.1. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 16ª edição, revista, atualizada e reformulada. 2020. Editora Forense.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro:** Parte Geral, vol. 1. Luiz Regis Prado. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Bonni **Dos. Tipo Penal ou Circunstância Majorante:** Vexa Quaestio. Revista da EMERJ, v.5, n.17, 2002. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_234.pdf. Acesso em 14.4.2021.

UNIÃO. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus***. Disponível em www.stf.jus.br. n. 81.057-8/SP. Publicado no DJe em 29.4.2005.