

*Habeas corpus* - Penal - Paciente condenado pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas nas dependências do presídio onde cumpre reprimenda por crimes anteriores - Aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006 - Possibilidade - Majorante de natureza objetiva, que não é afastada pela condição de presidiário do infrator -  
Ordem denegada

I - A majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006 é de natureza objetiva e, por conseguinte, aperfeiçoa-se com a constatação de ter sido o crime cometido em um dos lugares indicados naquele dispositivo, no caso,

nas dependências do estabelecimento prisional onde o paciente cumpre pena por crimes anteriores, independentemente de qualquer indagação sobre a condição subjetiva do infrator.

II - Ordem denegada.

### **HABEAS CORPUS 114.701 - MG - Relator: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

Paciente: Evanis Martins de Oliveira. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procurador: Defensor Público-Geral Federal. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

#### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 19 de março de 2013. - *Ricardo Lewandowski* - Presidente e Relator.

#### **Relatório**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Trata-se de *habeas corpus*, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Evanis Martins de Oliveira, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do agravo regimental interposto no REsp 1.200.395/MG, Rel. Min. Jorge Mussi.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, III, da Lei 11.343/2006, por trazer consigo quatro porções de maconha e duas de cocaína, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, nas dependências ou imediações do estabelecimento prisional no qual se encontra cumprindo pena, com o propósito de ali adentrar e repassar as drogas aos demais presidiários.

A impetrante diz, então, que, postulando a absolvição por insuficiência de provas, a redução da pena-base e a exclusão da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento ao recurso, apenas para excluir a referida majorante do cálculo da reprimenda.

Prossegue informando que, inconformado, o Ministério Público estadual interpôs recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao apelo extremo para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Irresignada, a defesa interpôs agravo regimental, mas a Quinta Turma do STJ não conheceu do recurso.

É contra o acórdão da Corte Superior que se insurge a impetrante.

Sustenta, em síntese, que a majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006 não pode ser aplicada quando o acusado for interno do sistema prisional, e que “tal majorante só deve ser aplicada quando se tratar de terceiros estranhos ao estabelecimento prisional; não de próprio interno”.

Destaca, para tanto, que a “intenção da lei é, indubitavelmente, resguardar certos estabelecimentos da ação de terceiros, ou seja, recrudescer com aqueles que, não estando presos, pretendem colocar em risco a população carcerária”.

Sustenta, nesse sentido, que a condição de interno do paciente no momento do cometimento do delito afasta a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para afastar a majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

Não havendo pedido de medida liminar a ser apreziado, e estando bem instruídos os autos, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

#### **Voto**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao REsp 1.200.395/MG, interposto pelo Ministério Público estadual, em decisão assim fundamentada:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais com fundamento na alínea a do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (e-STJ fl. 217):

‘Tóxico - Autoria e materialidade comprovadas - Comprovada autoria e materialidade do delito de tráfico imperiosa a condenação do acusado. - Não há que se falar na causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06 quando o acusado se tratar de custodiado do sistema prisional.

No especial (e-STJ fls. 229/235), sustenta o recorrente ofensa ao art. 40, III, da Lei 11.343/06, diante do afastamento da causa de aumento de pena por se tratar de agente já custodiado.

Requer, assim, o provimento do recurso nos termos das razões expostas.

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 240/246). Admitido o recurso especial na origem (e-STJ fls. 248/249), o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento (e-STJ fls. 260/261).

É o relatório.

Decido.

Com efeito, o agente criminoso que pratica o tráfico ilícito de entorpecentes nos locais delineados no art. 40, III, da Lei 11.343/06 é apenado de forma mais rigorosa, dada a maior reprovabilidade da conduta.

A condição de apenado daquele que pratica o tráfico ilícito no interior do estabelecimento prisional não afasta a incidência da majorante, ao contrário do entendimento firmado pelo aresto recorrido. Se assim fosse, criar-se-ia uma situação excepcional na tipificação da conduta dos presidiários que submissa na figura do art. 33 da Lei de Drogas, não prevista pelo legislador ordinário.

Em verdade, o fim da pena, também ressocializador, visa não o incentivo à prática de crime e sim a reinserção social do condenado.

Desse modo, deve ser reformado o aresto recorrido para restabelecer a pena fixada na sentença condenatória que aplicou a causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei 11.343/06.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: (...)

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC c.c. 3º do CPP, dou provimento ao recurso especial, restabelecendo a sentença condenatória.

A defesa do paciente, por sua vez, interpôs agravo regimental contra essa decisão, mas a Quinta Turma daquela Corte não conheceu do recurso, em acórdão assim ementado:

Processual penal. Ausência de impugnação do fundamento do *decisum* agravado. Súmula 182/STJ.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada atrai a incidência do Enunciado Sumular 182 desta Corte Superior.

2. Agravo regimental não conhecido.

Conforme relatado, a impetrante pretende, neste *writ*, a concessão da ordem para afastar a majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, alegando, em síntese, que tal causa especial de aumento de pena não pode ser aplicada quando o acusado for interno do sistema prisional.

Sem razão, contudo.

Com efeito, o inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 visa a punir com maior rigor a comercialização de drogas em determinados locais, como estabelecimentos prisionais, escolas, hospitais, teatros e unidades de tratamento de dependentes, entre outros.

Veja-se o que estabelece esse dispositivo:

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 (grifos meus).

Tenho, portanto, que a comercialização de drogas nas dependências ou nas imediações desses locais, por si só, já justifica a incidência da causa especial de aumento de pena, sejam quais forem as condições subjetivas do agente que a comete.

Esse entendimento, aliás, coincide com a orientação desta Corte firmada desde a vigência da antiga Lei de Drogas, segundo a qual "(...) Aplica-se ao presidiário que comete o crime de tráfico de entorpecentes no interior do estabelecimento penal a qualificadora do art. 18, IV, da Lei 6.368/76" (HC 72.932/SP, Rel. Min. Carlos Velloso). Importante anotar, por oportuno, que o atual art. 40, III, da Lei 11.343/2006 estabelece a mesma causa de aumento de pena antes prevista no art. 18, IV, da antiga Lei de Drogas, que tinha a seguinte redação:

Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):

(...)

IV - se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino ou hospitalar, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de estabelecimentos penais, ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou do local (grifos meus).

No mesmo sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 388), senão vejamos:

Comungamos do entendimento que sustenta ser possível a incidência da causa de aumento de pena em qualquer caso previsto na Lei 11.343/2006, quando cometido no interior de estabelecimento penitenciário, pouco importando se o agente é preso ou pessoa estranha ao presídio, não sendo também relevante tratar-se de cadeia pública (este local não deixa de ser um estabelecimento penal). O tipo penal não faz tal diferença, pois é particularmente grave que se realize tanto o tráfico de entorpecentes, quanto o uso de drogas, em locais de cumprimento de penas privativas de liberdade, onde se almeja a ressocialização e reeducação dos condenados (grifos meus).

Nessa esteira, também entendo que a majorante é de natureza objetiva e, por conseguinte, aperfeiçoa-se com a constatação de ter sido o crime cometido em um dos lugares indicados naquele dispositivo, no caso, nas dependências do estabelecimento prisional onde o paciente cumpre pena por crimes anteriores, independentemente de qualquer indagação sobre a condição subjetiva do infrator.

Afasto, portanto, o argumento de que a "intenção da lei é, indubitavelmente, resguardar certos estabelecimentos da ação de terceiros, ou seja, recrudescer com aqueles que, não estando presos, pretendem colocar em risco a população carcerária". Não se trata, pois, de dar

interpretação extensiva a tal dispositivo, como poderiam afirmar alguns, mas de dar a correta interpretação àquela norma penal.

Foi na mesma linha o parecer da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, que, ao se manifestar pela denegação da ordem, expôs os seguintes argumentos, que também adoto como razões de decidir:

(...) 20. Sem razão, porém. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, é suficiente que o delito seja cometido nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, pouco importando tratar-se ou não de recluso.

21. Com efeito, a norma busca penalizar com maior reprovabilidade a conduta daquele que insere drogas em diversas espécies de estabelecimentos, inclusive o penitenciário, não distinguindo o autor do delito. Não se trata, pois de crime próprio, mas de crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, inclusive pelo próprio detento.

22. A interpretação pretendida pelo impetrante de que a intenção da lei é proteger o estabelecimento prisional somente de terceiros, ultrapassa os limites da interpretação extensiva, configurando uma interpretação contra legem. Com efeito, em nenhum momento o legislador pretendeu excluir os detentos da incidência da majorante, já que não faz qualquer remissão nesse sentido.

23. Desse modo, é de rigor a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, pois visa censurar com maior reprovabilidade o comportamento do preso que comercializa drogas no estabelecimento prisional.

Ademais, consta da sentença condenatória que, além de o paciente responder a vários outros processos por crimes diversos, possui uma condenação pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico, então previstos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/1976, não podendo, assim, a sua condição de presidiário reincidente funcionar como fator de exclusão de uma causa de aumento de pena legalmente prevista. Certamente não foi essa a intenção do legislador ordinário.

Ante o exposto, denego a ordem.

#### **Extrato de ata**

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 19.03.2013. Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Brasília-DF, 19 de março de 2013. - *Ravena Siqueira*  
- Secretária.

(Publicado no DJe em 08.04.2013.)

...