



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.359 - RJ (2010/0150584-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : ANGELA THEREZA HAUSSMANN MOURA BRITO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEONARDO SILVA DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL 3. TRÁFICO DE DROGAS. 4. REDIMENSIONAMENTO DE PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 5. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO DELITO DE PORTE DE ARMA DE FOGO PELA APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 40, IV, DA LEI Nº 11.343/2006. 6. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. 7. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PEDIDO PREJUDICADO. 8. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **habeas corpus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. Para a não aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerou-se, diante do conjunto fático-probatório, o fato de o paciente se dedicar à atividades criminosas e integrar grupo criminoso, o que afasta a incidência da redutora, visto que, antes de ser preso em flagrante delito, já praticava o tráfico de drogas há mais de uma semana, conforme confessado pelo próprio réu, e haver fortes indícios de que era integrante da facção criminosa Comando Vermelho. Ainda que assim não fosse, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 44 (quarenta e quatro) invólucros de cocaína, entorpecente de alto poder viciante e alucinógeno, além de 8 (oito) frascos utilizados para armazenar "cheirinho de loló" -, bem como as circunstâncias em que foi surpreendido - com a apreensão de uma pistola municiada e um carregador, além de 4 (quatro) rádios transmissores -, por si sós, indicam a maior periculosidade social do paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obstáculo à incidência da causa de redução de pena. Essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste **writ**.

4. A absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexo finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico.

5. A arma de fogo encontrada na cintura daquele que foi apontado como possuidor da droga localizada em um terreno baldio próximo ao acusado evidentemente se destinava ao apoio e ao sucesso da mercancia ilícita, sobretudo ante a inexistência de prova a apontar em sentido diverso; não sendo possível aferir a existência de desígnios autônomos entre as condutas.

6. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, para além da pena ter sido fixada em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, levando em consideração as circunstâncias do crime, que envolvem a apreensão de 4 (quatro) radiotransmissores e de uma pistola municiada - artefato de alto poder de intimidação e destruição -, que revela nítido traço de organização e de outras atividades criminosas. Em virtude, ainda, da natureza e quantidade da droga apreendida - a saber, 44 (quarenta e quatro) invólucros de cocaína -, não se vislumbra possibilidade de cumprimento de pena em regime mais brando.

7. Mantidos os limites da sentença condenatória, fica prejudicado o pedido de substituição da sanção privativa de liberdade por medida restritiva de direitos, uma vez que não preenchido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal - qual seja, pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

8. Habeas corpus não conhecido, concedido, contudo, de ofício, apenas para reclassificar a conduta do paciente para a do art. 33, **caput**, c/c o art. 40, IV, ambos da Lei nº 11.343/2006, tendo por absorvida a figura autônoma contida na lei de armas, fixando sua pena em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.

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 pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.359 - RJ (2010/0150584-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Leonardo Silva de Oliveira, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33, § 4º, c/c art. 40, IV, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal.

Irresignados, a defesa e o **Parquet** Estadual interpuseram apelações criminais no Tribunal de origem, e a Quarta Câmara Criminal, em julgamento unânime, rejeitou a preliminar e negou provimento ao apelo defensivo, mas proveu o ministerial, em acórdão assim ementado (fls. 138/139):

APELAÇÃO - Art. 33 c/c art. 40, IV da Lei 11343/06 - Pena de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, regime fechado - Apelante/apelado, em comunhão de ações e desígnios com traficantes da localidade, tinha em depósito, para fins de tráfico, 33,5g de Cocaína, em 44 “sacolés” além de 08 frascos plásticos transparentes utilizados para armazenar “cheirinho da loló” e 04 rádios transmissores. E portava uma pistola, calibre 45, sem numeração, 02 munições do mesmo calibre e um carregador, tendo se associado à Facção Criminosa Comando Vermelho. - Sentença que o absolveu do delito do art. 16 § único, IV da Lei 10826/03 e art. 35 da Lei 11343/06, tendo o M. P. interposto recurso. - Preliminar de nulidade da sentença que se rejeita: também foi denunciado por outro crime, além do tráfico de drogas, tendo sido adotado o rito ordinário, muito mais abrangente, observado o princípio do contraditório e da ampla defesa. Ademais nenhum prejuízo restou ao apelante. - **No mérito**, impossível a absolvição: materialidade evidenciada pelo laudo de fls. 108. A autoria restou demonstrada pelos depoimentos dos policiais, que são válidos. Súmula nº 70 de nosso ETJRJ. - Improsperável a pretendida redução de pena em percentual ainda maior que o fixado na benevolente sentença (1/3), na forma do § 4º da Lei 11343/06, pois só seria viável se fosse o réu primário; de bons antecedentes; que não se dedicasse a atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas e não participasse de organização criminosa. 'In casu', o apelante dedicava-se ao tráfico ilícito e estava associado a outros elementos integrantes da facção criminosa Comando Vermelho. Até porque só pode vender droga na comunidade (aqui Morro Vila Ruth, São João de Meriti) quem é autorizado pelo chefe do tráfico. Concorrência não é admitida. Foi preso com nada menos que 44 sacolés; 08 frascos de "cheirinho da loló" e 04 rádios transmissores. - Incabível a pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, posto que expressamente vedado tal benefício como disposto no art. 44, II e III do CP. - Quanto ao prequestionamento, foram observadas todas as garantias constitucionais, com estrita e integral obediência ao devido processo legal. Observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório. - **Pleito ministerial que deve prosperar:** a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06 só pode ser concedida se reconhecidas na sentença todas as circunstâncias favoráveis, o que não é o caso: o farto material entorpecente e os rádios transmissores apreendidos em poder do apelado demonstram sua inserção em grupo criminoso. Ademais, o rádio transmissor é usado para comunicação entre os criminosos integrantes do mesmo grupo, unidos pelo mesmo propósito delituoso. - Para o delito de porte de arma, equivocada a absolvição: tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo são condutas autônomas dirigidas a finalidades distintas, que reclama a aplicação do concurso material, art. 69 do CP, mas com o afastamento do inciso IV do art. 40 da Lei 10826/03, por configurar inegável **bis in idem**. - **Provimento ao recurso ministerial** para afastar a causa de aumento do inciso IV do art. 40 da Lei 11343/06 bem como também afastar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11343/06. Em resumo, fica mantida a pena de **05 anos e 500 dias-multa pelo delito de tráfico (art. 33 da Lei 11343/06)**. E condeno **LEONARDO SILVA DE OLIVEIRA nas penas do art.16 § único, inciso IV da Lei 10826/03: 03 anos de reclusão mais 10 dias-multa**. Fixo o regime fechado. Na forma do art. 69 do CP, a pena alcança **08 anos de reclusão mais 510 dias-multa**. Regime fechado. Mantidos os demais termos da sentença. - **REJEIÇÃO DA PRELIMINAR - IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO E PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL**.

Em 17/9/2009, os autos da apelação criminal foram baixados em definitivo sem a interposição de recursos.

Por isso o presente **writ**, no qual alega a impetrante que, em atenção ao princípio da especialidade, quando o contexto fático demonstrar a vinculação do armamento com a prática do delito de tráfico de entorpecentes, deve ser aplicada a causa de aumento prevista no art. 40, IV, da Lei nº 11.343/2006, afastando a condenação do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/2003.

Enfatiza que "o paciente estava portando a pistola na cintura quando foi preso como suposto dono da droga que estava escondida no terreno baldio em frente". (fl. 2)

Postula, ainda, pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no fração máxima de 2/3 (dois terços), porquanto não haja nos autos comprovação de que o paciente se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Pede, por fim, uma vez deferido o pleito de redimensionamento da sanção, seja fixado o regime aberto para o cumprimento da pena segregatória, bem como sua substituição por medida restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida à fl. 160.

Instado a se manifestar, o douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Exma. Subprocuradora-Geral da República Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, opinou pela denegação da ordem (fls. 167/172).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.359 - RJ (2010/0150584-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembre-mos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Logo, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O **habeas corpus** tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar **habeas corpus** e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No caso dos autos, insurge-se a impetrante, num primeiro momento, contra o **quantum** de pena imposto. No entanto, como é cediço, o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Verifico, ademais, que a sentença condenatória já transitou em julgado sem a interposição de recursos extraordinários. Ainda assim, passo à análise da dosimetria, apenas para aferir eventual existência de patente ilegalidade.

Cumprе destacar, inicialmente, o que prescreve a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regulamentar:

(...)

*§ 4º Nos delitos definidos no **caput** e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.* (suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" pela Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15 de fevereiro de 2012)

Para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever o cálculo da pena elaborado pelo Tribunal de origem, ao prover o recurso Ministerial, no que interessa, **in verbis** (fls. 149/150):

Na presente hipótese, o apelante, apesar de ser primário, dedicava-se ao tráfico ilícito, levando-se a crer, pelas circunstâncias do fato delituoso, bem como pelos depoimentos carreados aos autos, que se encontrava associado a outros elementos integrantes da facção criminosa Comando Vermelho. Foi preso com nada menos que 44 sacolés, 08 frascos de "cheirinho da loló" e 04 rádios transmissores.

(...)

*No caso vertente, com inteira razão o MP, eis que para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11343/06, seria necessário o preenchimento de **todos** os requisitos ali elencados, o que não se vislumbrou no caso em análise. O farto material entorpecente e os rádios transmissores apreendidos em poder do apelado demonstram sua inserção em grupo criminoso.*

Ademais, o rádio transmissor é usado para comunicação entre os criminosos integrantes do mesmo grupo, unidos pelo mesmo propósito delituoso. (grifos no original)

Do excerto destacado, observa-se que, para a não aplicação da causa especial de redução, considerou-se, diante do conjunto fático-probatório, o fato de o paciente se dedicar às atividades criminosas e integrar grupo criminoso, o que afasta a incidência da redutora, visto que, antes de ser preso em flagrante delito, já praticava o tráfico de drogas há mais de uma semana, conforme confessado pelo próprio réu, existindo fortes indícios de que era integrante da facção criminosa Comando Vermelho.

Ainda que assim não fosse, a quantidade e a natureza da droga apreendida -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44 (quarenta e quatro) invólucros de cocaína, entorpecente de alto poder viciante e alucinógeno, além de 8 (oito) frascos utilizados para armazenar "cheirinho de loló" -, bem como as circunstâncias em que foi surpreendido – com a apreensão de uma pistola municiada e um carregador, além de 4 (quatro) rádios transmissores -, por si sós, indicam a maior periculosidade social do paciente, obstáculo à incidência da causa de redução de pena.

Com efeito, a meu ver, o emprego de arma de fogo na atividade de tráfico inviabiliza a redução da pena, na medida em que revela nítido traço de organização e de outras atividades criminosas.

Além disso, a presença de uma das circunstâncias de aumento de pena do art. 40, indica conduta cujo grau de censura não autoriza a aplicação do benefício excepcional do § 4º do art. 33, voltado para situações de pequena gravidade e diminuta culpabilidade.

É que a regra excepcional do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tem como destinatário o pequeno traficante, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida, não havendo que se falar, desta maneira, em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste **writ**, pois não se mostra possível nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei.

Destarte, para se acolher a tese defensiva seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do **habeas corpus**.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO AFASTADA.

DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

3. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida - 2.138 gramas de cocaína - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso dos autos, considerando o quantum da pena estabelecido e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso.

8. Na hipótese, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

9. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 203.507/SP, Rel. a Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

No tocante ao pleito de aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, IV, da Lei nº 11.343/2006, ao crime de tráfico de drogas ao qual foi condenado, afastando a condenação do delito previsto no Estatuto do Desarmamento, necessário se faz, para melhor análise da questão **sub examine**, transcrever o disposto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

(...)

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

Por sua vez, a Lei n.º 11.343/2006 prevê como causa especial de aumento de pena dos crimes de tráfico de drogas o emprego de arma de fogo no cometimento do delito, conforme se verifica do dispositivo a seguir colacionado, **in verbis**:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

Desde a edição da Lei nº 11.343/2006 vem se discutindo acerca da prevalência do crime autônomo da lei de armas ou da causa de aumento de pena prevista no art. 40 daquele diploma legal.

A absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer, a meu sentir, quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita.

Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas.

Assim, no conflito aparente de normas entre o delito previsto no Estatuto do Desarmamento e a causa de aumento do art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006, prevalece a condição especial de a arma pertencer ou estar sendo empregada no tráfico de entorpecentes.

Acerca do tema, esta Corte Superior sedimentou recentemente o entendimento no sentido de apenas se considerar como autônomos os delitos de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma quando não se verificar um nexó finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico; ou seja, quando não se constatar dependência ou subordinação entre ambos.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

A - HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE PROVAS. VIA INADEQUADA. PRETENSÃO DE ALTERAR A CONDENAÇÃO DO CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO PELA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO IV, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE SE AFASTAR A CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE NÃO UTILIZAVA A ARMA ESPECIFICAMENTE PARA AUXILIA-LO NO EXERCÍCIO DA TRAFICÂNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL A QUO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE À TRAFICÂNCIA. CONCLUSÃO QUE NÃO SE PODE INFIRMAR NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. DELAÇÃO PREMIADA. INSTITUTO QUE NÃO TEM LUGAR QUANDO O DELITO É COMETIDO POR APENAS UM AGENTE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. O writ não pode ser conhecido relativamente ao pedido de absolvição, por depender do reexame de fatos e provas, cuja análise é imprópria na via do habeas corpus - remédio de rito célere e de cognição sumária.

2. Não há como alterar a condenação pela conduta prevista no art. 16, da Lei n.º 10.826/03, para a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/06. Isso porque as instâncias ordinárias - soberanas na análise do contexto fático-probatório no caso - concluíram que o Paciente não utilizava a arma especificamente para auxiliá-lo no exercício da traficância, intimidando possíveis delatores ou usuários, por exemplo, mas praticou delito autônomo.

3. São condições para que o condenado faça jus à causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à minguia de uma dessas condições, não há que se reclamar a aplicação da minorante.

4. O instituto da delação premiada, previsto no art. 41, da Lei n.º 11.343/06, não tem lugar quando a conduta é praticada por apenas um agente. Precedentes.

*5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (HC 164.459/ES, Rel. a Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012 - grifou-se)*

B – HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. CONCLUSÃO DIVERSA. DILAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

*1. Inviável acoimar de ilegal o acórdão impugnado no ponto em que negou a aplicação da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei 11.343/06 em substituição à condenação pelo art. 16 da Lei 10.826/03, quando verificado que **o crime de tráfico de drogas não foi praticado com emprego de arma de fogo, caso em que incidiria a majorante em questão, já que os carregadores de pistola e as munições de arma de fogo foram encontrados guardados na residência do paciente, e não como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar o narcotráfico, constituindo, pois, delito autônomo.***

2. Ademais, a substituição da condenação do crime de porte ilegal de arma de fogo pela incidência da majorante prevista no inciso IV do art. 40 da Lei 11.343/06 demanda dilação probatória, o que, consoante inúmeros julgados deste STJ e da Corte Suprema, é vedado na via eleita.

*3. Ordem denegada. (HC nº 143.685/RJ, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, Dje de 23/5/2011)*

Assim, a arma de fogo encontrada na cintura daquele que foi apontado como possuidor da droga localizada em um terreno baldio próximo ao acusado evidentemente se destinava ao apoio e ao sucesso da mercancia ilícita, sobretudo ante a inexistência de prova a apontar em sentido diverso.

Entendimento em sentido contrário, quando se verifica que os delitos estão dentro de um mesmo contexto fático, tornaria a previsão de incidência da majorante letra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

morta, mesmo porque o crime de tráfico de entorpecentes, em nenhum de seus núcleos verbais, tem como imprescindível para sua consumação o emprego efetivo da arma de fogo. Assim, o simples porte, ou mesmo a posse da arma, enseja a aplicação da majorante, não apenas o seu uso efetivo.

Deve-se considerar, ainda, que a Lei nº 11.343/2006, ao prever o emprego de arma de fogo como causa de aumento de pena, caracteriza-se como norma especial em relação à Lei nº 10.826/2003.

Dessa forma, deve ser afastado o concurso material, para que os delitos previstos no Estatuto do Desarmamento sejam absorvidos pela lei antidrogas, quando o emprego de arma de fogo busca assegurar as atividades do tráfico ilícito de drogas.

Por oportuno, transcrevo fragmento da sentença condenatória que bem descreve a dependência entre os delitos cometidos pelo paciente (fls. 67/70):

Restou demonstrado, portanto, que o acusado estava na posse da arma de fogo periciada a fls. 141, utilizada no tráfico de entorpecente, seja para a proteção e guarda da droga, seja de outros bandidos, seja da própria ação policial.

Tal fato, porém, como bem salientado pela defesa técnica, impõe a incidência tão-somente da causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da Lei 11.343/06, restando afastado, sob pena de bis in idem, o crime do art. 16, p. único, IV, da Lei 10.826/03.

Com efeito, a utilização de arma de fogo no contexto do tráfico, em princípio, se subsume a dois tipos penais, quais sejam, ao crime autônomo de porte ilegal de arma de fogo e à causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da Lei 11.343/06, fato que, a meu sentir, deve ser resolvido através da aplicação dos princípios solucionadores do conflito aparente de normas.

Como é cediço, há conflito aparente de normas quando um único fato se adéqua a duas normas penais incriminadoras, sendo, portanto, dois os seus pressupostos: a) unidade de fatos; b) pluralidade de normas que o identificam como delituoso.

Pois bem, identificada a incidência de duas ou mais normas sobre o mesmo fato, cabe ao intérprete, através da aplicação dos princípios reitores do conflito aparente de normas (especialidade, subsidiariedade e consunção), apontar a regra aplicável ao caso concreto.

Na hipótese, o conflito é solucionado pela aplicação do princípio da especialidade, segundo o qual uma norma é especial quando possui todos os elementos da norma geral, agregado a uma circunstância ou elemento especializante, mantendo-se, contudo, idêntico o grau de intensidade de violação ao bem jurídico.

Exemplo típico da aplicação do princípio da especialidade se dá no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso aparente entre os tipos penais dos crimes de homicídio e de infanticídio, onde a conduta típica, em ambos os casos, consiste na expressão 'matar alguém', acrescida no tipo especial das circunstâncias especializantes 'sob influência do estado puerperal', 'próprio filho' e 'durante o parto ou logo após'.

Como referido, as normas geral e especial prevêem graus idênticos de violação ao bem jurídico. No exemplo mencionado, é de fácil constatação que 'a vida', bem jurídico tutelado nos artigos 121 e 123 do Código Penal, é atingida pelas condutas proibidas sem distinção de intensidade.

Ocorrendo esta relação de especialidade, a norma especial deve prevalecer sobre a norma geral, aplicando-se a máxima latina *lex specialis derogat generali*.

Não é outra a situação dos autos.

De fato, restando demonstrado que o acusado, no contexto do tráfico, utilizava uma arma de fogo, por aplicação do princípio da especialidade, deve prevalecer a causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV da Lei 11.343/06, por ser regra especial em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo.

Por outro lado, não há que se conferir à expressão 'emprego de arma de fogo' utilizada no art. 40, IV, da Lei 11.343/06 a mesma interpretação dada à expressão 'emprego de arma' prevista como causa de aumento de pena no crime de roubo, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Ao revés, a expressão 'emprego de arma de fogo' utilizada no inciso IV, do art. 40, da Lei 11.343/06 deve ser interpretada de forma a abranger a sua utilização, efetiva ou não, no tráfico de entorpecentes, para a proteção e guarda da droga, de outros bandidos ou contra a própria ação policial.

Não há que se cogitar, como no caso do roubo, na necessidade do efetivo emprego da arma para o reconhecimento da causa de aumento de pena, bastando, para tanto, a sua pronta disponibilidade para a utilização, de qualquer forma, no tráfico de drogas.

Vale dizer, ainda que não empregadas ostensivamente, tal como sempre se considerou para configuração da causa de aumento de pena no crime de roubo (art. 157, parágrafo segundo, I do CP), estando a arma a disposição do tráfico, deve incidir a causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da Lei 11.343/08.

Entendimento diverso importará em ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo que condutas menos graves sejam punidas com penas mais severas, já que, enquanto a mera disponibilidade da arma de fogo se subsumiria ao crime autônomo de porte ilegal de arma de fogo, a sua efetiva utilização no tráfico acarretaria apenas no reconhecimento do aumento de pena previsto no art. 40, IV da Lei 11.343/06.

Exemplifico: alguém que utiliza ostensivamente uma arma de fogo como meio de intimidação difusa ou coletiva, como na hipótese de confronto policial, não pode sofrer reprimenda menor do que aquele que 'simplesmente' tem em depósito uma arma de fogo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, a expressão 'emprego de arma de fogo' constante do artigo 40, IV, da Lei 11343/06, deve ser interpretada de forma a abranger, não só a utilização ostensiva da arma de fogo, como também todas as demais modalidades de porte de arma de fogo, sob pena de afronta ao princípio da proporcionalidade.

Com efeito, do trecho destacado é possível verificar que estão ambas as condutas interligadas, sendo certo que a arma de fogo, as munições e o carregador, encontravam-se no mesmo contexto fático-temporal em que se deu a apreensão da droga, não sendo possível aferir a existência de desígnios autônomos entre as condutas.

Por essa razão, deve-se reclassificar a conduta do art. 16, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 10.826/2003 para aquela descrita como majorante e prevista na Lei de Drogas, especificamente no art. 40, inciso IV, acolhendo-se a pretensão defensiva, no ponto.

Ressalte-se que a reclassificação do fato não demanda incursão aprofundada no conjunto probatório, mas sim apenas de se dar nova definição jurídica aos fatos expostos na denúncia, diversa da capitulação nela inserida, dentro das circunstâncias apresentadas na peça acusatória.

É certo, todavia, que a unificação de penas por meio do reconhecimento do concurso formal, ou da figura do crime único, porém majorado, em detrimento do concurso material de crimes, merece tratamento de equilíbrio, para se averiguar o real benefício trazido ao condenado.

Aos condenados a delitos hediondos, o legislador conferiu tratamento mais rigoroso, se comparado aos crimes não hediondos, que se sujeitam a tratamento mais favorável nas concessões dos benefícios penais.

Nessa hipótese, deve o julgador, quando da fixação da reprimenda, verificar caso a caso e ponderar qual seria a situação mais benéfica ao condenado.

No entanto, em **habeas corpus** entendo não ser possível proceder a essa análise, impondo-se a absorção do crime definido no Estatuto do Desarmamento à conduta descrita como majorante e prevista na Lei de Drogas, especificamente no art. 40, inciso IV, acolhendo-se a pretensão defensiva, tal como pleiteado pelo impetrante.

Noutro vértice, cabe lembrar que o **quantum** de incidência das causas especiais de aumento previstas no art. 40 da Lei nº 11.343/2006 foi estipulado entre os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

percentuais de 1/6 a 2/3, cabendo ao julgador definir o critério de majoração de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

No caso, entendo por razoável resgatar a fração de majoração estipulada pelo Magistrado singular - qual seja, 1/2 (metade) -, uma vez que concretamente fundamentada, consoante se observa da dosimetria por ele efetuada, **in verbis** (fl. 74):

Quanto à causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV da Lei 11.343/06, embora não exista prova contundente da utilização ostensiva da arma de fogo, deve-se levar em conta que o condenado portava uma pistola de calibre 45, arma de uso restrito, fato que, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, recomenda o aumento da pena em patamar superior ao mínimo legal. Portanto, diante desses pressupostos, entendo como necessária a majoração da pena na metade (...).

Tecidas essas considerações, passo, então, ao redimensionamento da reprimenda.

Na primeira fase de dosimetria da pena, deve ser mantida a pena-base fixada pelo Juízo monocrático ao crime de tráfico de drogas, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Em razão da causa de aumento referente ao cometimento do crime de tráfico de drogas com emprego de arma de fogo, elevo a reprimenda em 1/2, a teor do art. 40, IV, da Lei nº 11.343/2006, ficando a sanção definitiva estabelecida em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa.

Melhor sorte, contudo, não assiste ao paciente quanto ao pleito de abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena segregatória, de forma que não fica caracterizado o alegado constrangimento ilegal.

Cumprе ressaltar, quanto a esse ponto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar recentemente o **Habeas Corpus** n. 111.840, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, o qual determina que a sanção segregatória pela prática do delito de tráfico seria cumprida em regime inicial fechado.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

*5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que 'a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.*

Nesse julgamento, lembrou o Relator, Ministro Dias Toffoli, que, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo".

Não se olvida, contudo, que, antes mesmo desse pronunciamento definitivo, tanto a colenda Corte Constitucional, quanto este Tribunal Superior, já vinham superando o óbice legal e concedendo o regime mais brando quando ausentes os requisitos a impor o regime fechado, a fim de que fossem observados os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

O certo é, então, que a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos no § 2º do art. 33 do Diploma Repressivo, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado.

Partindo-se, dessarte, do **quantum** de sanção privativa de liberdade aplicada ao acusado, faz-se imprescindível, para a imposição de regime mais rigoroso ao cumprimento da pena segregatória, concreta e individualizada fundamentação, diante da presença de circunstâncias desabonadoras em relação ao paciente, nos termos do parágrafo 3º do art. 33 do Código Penal.

Incide, **in totum**, os enunciados Sumulares nºs 718 e 719 do STF, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Carreando o entendimento acima anunciado, destacam-se os seguintes precedentes desta Corte, cujas ementas se colacionam:

A - HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL FECHADO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO NA FORMA TENTADA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉUS PRIMÁRIOS. REPRIMENDA FINAL ESTABELECIDADA EM 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719/STF E 440/STJ. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 33, § 2º, c, do CP, estabelece que o condenado à pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

igual ou inferior a 4 anos poderá iniciar o cumprimento da sanção no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado.

3. Cumpre destacar que, recentemente, este Tribunal Superior sumulou o referido entendimento no verbete n. 440: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

4. Na espécie, os pacientes foram condenados às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, o qual foi fixado com base na gravidade abstrata do delito.

5. Ordem concedida para estabelecer, a teor do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, o modo inicial aberto aos pacientes para o resgate da reprimenda. (HC 172.865/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 21.03.2011)

B - PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TENTATIVA. 1. CÂMARA FORMADA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. 2. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. 3. LAUDOS QUE ATESTAM QUE ARMA ENCONTRAVA-SE DESMUNICIADA. CAUSA DE AUMENTO. NÃO-INCIDÊNCIA. 4. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 5. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. 6. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. Os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau não são nulos, eis que não violam o princípio do juiz natural. Ressalva do entendimento da relatora.

(...)

5. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele previsto em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito, visto que, para exasperação do regime legal, é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. Ordem em parte concedida para afastar a causa de aumento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, reduzindo a reprimenda privativa de liberdade, e fixar o regime inicial aberto. (HC 161.326/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 11.10.2010)

Entretanto, no caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, para além da pena ter sido fixada em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, levando em consideração as circunstâncias do crime, que envolvem a apreensão de 4 (quatro) radiotransmissores e de uma pistola municiada - artefato de alto poder de intimidação e destruição -, que revela nítido traço de organização e de outras atividades criminosas.

Ademais, entendo que, aquele que possui arma de fogo atua com extrema ousadia e periculosidade, estando disposto a “matar ou morrer”, o que torna a circunstância da infração mais grave, sendo o regime fechado o mais adequado.

Cumprе ressaltar, ainda, que em virtude da natureza e quantidade da droga apreendida - a saber, 44 (quarenta e quatro) invólucros de cocaína -, não se vislumbra possibilidade de cumprimento de pena em regime mais brando.

Não destoa desse entendimento a jurisprudência desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

*3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes do STJ e do STF.*

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

5. *Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.*

6. *Ordem denegada* (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011).

Por fim, mantidos os limites da sentença condenatória, fica prejudicado o pedido de substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que não preenchido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal - qual seja, pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Ante o exposto, não conheço da impetração, concedo, contudo, **habeas corpus** de ofício, apenas para reclassificar a conduta do paciente para a do art. 33, **caput**, c/c o art. 40, IV, ambos da Lei nº 11.343/2006, tendo por absorvida a figura autônoma contida na lei de armas, fixando sua pena em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0150584-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 182.359 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070540139261 200905003861

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANGELA THEREZA HAUSSMANN MOURA BRITO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEONARDO SILVA DE OLIVEIRA

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

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.