



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 377.179 - RJ (2016/0288726-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI  
**ADVOGADO** : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - RJ165552  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : ATILA ELIAS DA SILVA GOMES

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, CORRUPÇÃO DE MENOR E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, IV, DA LEI 11.343/06 E AFASTAMENTO DO DELITO PREVISTO NO ART. 16 DA LEI 10.826/2003. CONDUTAS DISTINTAS. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. ALTERAÇÃO QUE DEMANDA REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DEMONSTRADAS. INADMISSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. QUESTÃO PREJUDICADA. INCOMPATIBILIDADE COM A ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. QUESTÕES PREJUDICADAS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O art. 40, IV da Lei 11.343/2006 prevê, como causa especial de aumento de pena nos delitos descritos nos arts. 33 a 37 da mesma Lei, a utilização de arma de fogo. Nesse caso, agrava-se a pena nos delitos de narcotráfico quando o agente emprega efetivamente a arma de fogo para viabilizar sua atividade. De outro lado, o art. 16 da Lei 10.826/2003, descreve a conduta do agente que, entre outros verbos, porta ou possui arma de fogo de uso restrito ou com numeração suprimida.

3. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias reconheceram, com base no acervo probatório produzido, a ocorrência de condutas autônomas que concorreram para a prática de delitos de natureza diversa – tráfico e associação para o tráfico e porte de arma de fogo e munição com numeração suprimida –, salientando a existência de desígnios autônomos entre as condutas praticadas. Nesse contexto, não se cogita, em *habeas corpus*, a revisão do entendimento proferido, ante a necessidade de revolvimento fático-probatório, inadmissível na via eleita.

4. A jurisprudência desta Corte Superior, sedimentou-se no sentido de que, notadamente após a abolição do delito de associação eventual para o tráfico, tipificado na antiga legislação de drogas, a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracterização do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06 demanda a comprovação do dolo de se associar para a prática do narcotráfico, com estabilidade e permanência. No caso dos autos, as instâncias ordinárias indicaram a estabilidade e permanência exigidas para a tipificação do delito em tela, amplamente evidenciadas pelas circunstâncias do crime, praticado em ponto de tráfico de drogas dominado pelo "comando vermelho", tendo, ainda, sido apreendida grande quantidade de droga, e petrechos utilizados para a prática continuada dessa espécie de crimes. Assim, é certa a impossibilidade de revisão desse entendimento, que demandaria incursão probatória, inadmissível em *habeas corpus*.

5. Considerando a manutenção da condenação pela prática dos crimes tipificados nos arts. 33 e 35, ambos da Lei 11,343/2006, fica prejudicada a análise do pedido de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33 § 4º da Lei de Drogas.

6. Inviável, ainda, diante do *quantum* de pena aplicado, a alteração do regime prisional, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

*Habeas corpus* não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 377.179 - RJ (2016/0288726-7)**

**RELATOR** : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK  
**IMPETRANTE** : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI  
**ADVOGADO** : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - RJ165552  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : ATILA ELIAS DA SILVA GOMES

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de ATILA ELIAS DA SILVA GOMES, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação n. 0016933-90.2014.8.19.0054.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e 35, ambos da Lei 11.343/06 (tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes), bem como pelas condutas descritas no art. 16 da Lei 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada) e no art. 244-B, da Lei 8.069/90 (corrupção de menor), fixando as penas em 12 anos de reclusão, e multa, no regime prisional fechado (fls. 38/44).

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, mantendo as reprimendas no mesmo patamar. O acórdão ficou assim ementado:

**EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA E CORRUPÇÃO DE MENORES, EM CONCURSO MATERIAL (ARTS. 33, CAPUT, E 35 DA LEI N.º 11.343/06, ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N.º 10.826/03 E ART. 244-B DA LEI N.º 8.069/90, TODOS NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL).**

**APELANTE QUE, EM COMUNHÃO DE AÇÕES E DESÍGNIOS COM O INFRATOR CORREPRESENTADO, TRAZIA CONSIGO, SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR, PARA FINS DE MERCANCIA, 36 (TRINTA E SEIS) PINOS CONTENDO COCAÍNA EM EMBALAGENS CONTENDO A INSCRIÇÃO: "PÓ DE 15 C.V.R.L." E "VIA**

**LIGHT", UM CELULAR MARCA LG, 07 (SETE) PILHAS, UMA SACOLA CONTENDO 25 PINOS CONTENDO COCAÍNA COM ETIQUETAS EM BRANCO, UM RÁDIO COMUNICADOR MARCA MOTOROLA, UM CELULAR NOKIA E CERTA QUANTIA EM DINHEIRO, UM REVÓLVER CALIBRE.38, COM NUMERAÇÃO**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPRIMIDA E SEIS MUNIÇÕES DE MESMO CALIBRE, SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR, ESTANDO AMBOS ASSOCIADOS À FACÇÃO CRIMINOSA AUTODENOMINADA "COMANDO VERMELHO", DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE, PARA A PRÁTICA REITERADA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES NA LOCALIDADE, EXERCENDO AS FUNÇÕES DE "VAPOR" E DE "SEGURANÇA DO TRÁFICO".

NULIDADE POR INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PEÇA ACUSATÓRIA QUE DESCREVE COM SIMPLICIDADE E OBJETIVIDADE AS IMPUTAÇÕES, PERMITINDO AO ACUSADO O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA, COMO DE FATO OCORREU, ESTANDO, AINDA, PRECLUSA QUALQUER ALEGAÇÃO DE VÍCIO EVENTUALMENTE CONTIDO NA MESMA.

PRETENSÃO DEFENSIVA À ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA QUE SE NEGA. ESPECIALMENTE PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE, A APREENSÃO DA DROGA, ARMA, MUNIÇÃO E RADIOCOMUNICADOR, A PARTICIPAÇÃO DO MENOR DELINQUENTE, ALÉM DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, COM DESTAQUE PARA O DOMÍNIO DO "COMANDO VERMELHO" NA LOCALIDADE.

DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DA LEI N.º 10.826/03 PARA A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, IV, DA LEI 11.343/06 QUE NÃO SE CONCEDE, EIS QUE REFERIDOS DELITOS SÃO AUTÔNOMOS E POSSUEM PRESSUPOSTOS DIVERSOS. ALIÁS, O APELANTE FOI INJUSTIFICADAMENTE BENEFICIADO COM O NÃO RECONHECIMENTO DA MAJORANTE, O QUE NÃO SE PODE CORRIGIR À MÍNIMA DE RECURSO MINISTERIAL.

APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA, IMPOSSÍVEL. EVIDÊNCIAS SEGURAS DE QUE O RÉU INTEGRA A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA AUTO DENOMINADA "COMANDO VERMELHO".

FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BENÉFICO INVIÁVEL. REGIME FECHADO ÚNICO ADEQUADO AOS OBJETIVOS REPRESSIVO/PREVENTIVO DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO CLASSIFICADO COMO HEDIONDO.

ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. PEDIDO A SER DIRIGIDO AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL.

DESPROVIMENTO DO RECURSO (fls. 77/80).

No presente *writ*, o impetrante sustenta inicialmente a necessidade do afastamento do delito autônomo previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003, com a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequente aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, IV, da Lei de Drogas. Alega que o emprego de arma ocorreu no mesmo contexto fático do delito de tráfico, sendo imperioso o reconhecimento da causa de aumento em razão do princípio da especialidade.

Aduz, não haver demonstração inequívoca da ocorrência do delito descrito no art. 35 da Lei 11.343/2006, salientando não haver evidências da estabilidade e permanência da associação, elementos essenciais para a caracterização do crime.

Assevera, ainda, que, com a absolvição do delito de associação para o tráfico, é certa a possibilidade da aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, com a consequente fixação do regime prisional mais brando e a substituição da pena corpórea por pena restritiva de direitos.

Pugna, assim, pelo reconhecimento da causa de aumento descrita no art. 40, IV da Lei 11.343/2006, excluindo-se a condenação pela prática do delito tipificado no art. 16 da Lei 10.826/2003, pela absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico, e consequentemente, pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, pela fixação do regime inicial mais brando e pela conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Sem pedido liminar e dispensadas informações.

O Ministério Público Federal opinou, em parecer de fls. 97/109, pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.179 - RJ (2016/0288726-7)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da causa de aumento descrita no art. 40, IV da Lei 11.343/2006, excluindo-se a condenação pela prática do delito tipificado no art. 16 da Lei 10.826/2003; a absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico; e consequentemente, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a fixação do regime inicial mais brando e a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Por oportuno, segue a transcrição de trecho da sentença condenatória:

*Trata-se de atribuição ao denunciado ATILA ELIAS DA SILVA GOMES, dos crimes previstos no art. 33, caput e 35, ambos da Lei 11.343/06, artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 e artigo 244-B da Lei 8.069/90, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal, isto porque a peça acusatória relata que no dia 27 de maio de 2014, por volta das 21h50min, na Rua Antônio Hermonte, Bairro Tomazinho, nesta Comarca, o acusado, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com o adolescente infrator Thiago Costa, trazia consigo, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico, substâncias entorpecentes descritas no laudo constante de fls. 61/62 em embalagens contendo a inscrição "PÓ DE 15 C.V.R.L VIA LIGHT", além de um celular marca LG, 07 (sete) pilhas e certa quantia em dinheiro, conforme auto de apreensão de fl. 10. Na posse do adolescente infrator foi apreendido, também, uma sacola contendo 25 pinos de Cloridrato de Cocaína com etiquetas em branco, um rádio comunicador, um celular Nokia e certa quantia em dinheiro.*

*Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado transportava, de forma livre e consciente, no interior de uma mochila de cor preta, arma de fogo de uso permitido, consistente em um revólver calibre 38, com numeração raspada e seis munições do mesmo calibre, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de apreensão de fls. 08/09, devidamente periciada, conforme laudo de fls. 119/123.*

*Entre data imprecisa e a data da prisão em flagrante, no*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

local acima citado, o denunciado, de forma livre e consciente, associou-se e manteve-se associado ao adolescente infrator Thiago Costa, integrantes da facção criminosa denominada "Comando Vermelho", de forma estável e permanente, para a prática reiterada de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes na referida comunidade, exercendo as funções de "vapor" e de segurança do tráfico de drogas do local.

[...].

Da mesma fôrma restou amplamente demonstrado o crime de associação. Para se caracterizar o tipo previsto no artigo 35 da Lei de Drogas, basta o animus de aderir ao grupo com intuito de praticar os crimes dos artigos 33, caput e §1º, e 34, desta lei, sendo prescindível a efetiva prática de qualquer crime.

A associação para o tráfico repita-se, extrai-se, na hipótese, do tipo e quantidade de material apreendido, em local conhecido de vencia de drogas, bem como as circunstancias da prisão.

O acusado foi preso com quantidade diversificada e considerável de substância entorpecente, com inscrições características de substâncias separadas, misturadas e embaladas por membros de facção criminosa, para venda no varejo, além disso, foi apreendida arma de fogo, devidamente periciada, conforme laudo carreado às fls. 119/123, tudo a evidenciar a associação do réu para a praticar o tráfico ilícito de entorpecentes, à outros indivíduos que prepararam, e mantêm organizado o comércio ilegal, com a habitualidade e pleno abastecimento do ponto, não havendo dúvidas quanto a incidência do liame subjetivo, com inequívoca divisão de interesses e tarefas. Assim, tenho por comprovadas as elementares exigidas, dada a associação, não só ao adolescente infrator, mas a inúmeros outros integrantes da facção autodenominada "Comando Vermelho".

Apesar de o réu quando interrogado neste Juízo ter negado a prática dos crimes que lhe são imputados, suas declarações estão divorciadas do conjunto probatório, restando isoladas nos autos, sendo certo que a D. Defesa, data venia, não fez qualquer prova a respeito de tais alegações.

Com relação ao porte de arma de fogo, assiste razão ao Ministério Público na sua pretensão de capitulação da conduta como delito autônomo', previsto no artigo 16, da Lei nº 10.826/2003, e não adequado à causa especial de aumento de pena estabelecida no artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006.

Esclarecendo a situação: A conduta de portar arma de fogo sem autorização é uma crime diverso de porta uma arma de fogo de uso restrito. Ainda que uma pessoa possua porte de arma comum, não poderia ela andar com a arma com numeração raspado como aquela encontrada em poder do réu.

Assim, a sua conduta é muito superior, em gravidade, a apenas empregar uma arma para o tráfico de drogas. Temos a lesão da Segurança Pública pelo porte de arma não rastreável, muito mais do que a simples intimidação à população, que seria o bem jurídico tutelado pela, quase inócua, causa de aumento de pena.

Em verdade, no entendimento deste juízo, a aplicação da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*causa de aumento de pena deveria ser concomitante ao porte de arma de fogo, essa sempre foi a intenção da lei, contudo, não houve denúncia neste sentido. Somente não seria concomitante se aquele que emprega a arma para fins de tráfico estivesse habilitado a portá-la, e o armamento estivesse regular, aí então teríamos apenas a incidência da causa de aumento de pena.*

*Desta forma, pelas mesmas provas que comprovam o crime de tráfico de drogas, tenho por comprovada a materialidade e autoria do crime previsto no artigo 16 da Lei 10826/06. Ressalte-se que o laudo técnico trazido aos autos, o qual conclui que a arma apreendida em poder do acusado, apresenta capacidade para produção de disparos (tiros), podendo, assim, ser utilizada, eficazmente, na prática de crimes, estando o objeto examinado com a sua numeração adulterada (fls. 39/42).*

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a condenação imposta, nos termos da seguinte fundamentação:

*Da mesma forma, restou amplamente demonstrado o crime de associação, para cuja caracterização basta o animus de aderir ao grupo com intuito de praticar os crimes dos arts. 33, caput e § 1.º, da Lei n.º 11.343/06, certo que os autos estão robustecidos com elementos de convicção nesse sentido.*

*Como se sabe, os depoimentos dos policiais devem ser avaliados no contexto probatório em que são inseridos, mas sem prevenção ou preconceito em razão de seus ofícios, ate porque os policiais conhecem as conseqüências do calar ou falsear a verdade. São eles agentes policiais, funcionários públicos, que não podem ser impedidos de prestar depoimentos dos atos que participem, a não ser quando se prova sua parcialidade, o que não e o caso dos autos.*

*Além do mais, as circunstâncias da prisão, em local conhecido como ponto de venda de drogas dominado pela organização criminosa "Comando Vermelho", a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes e as inscrições nelas estampadas, arma e munição, telefones celulares, além do radiotransmissor apreendido, estão a indicar que o réu efetivamente praticava o comércio ilícito de forma associada e na companhia de um menor, na forma dos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/06, o que inviabiliza a pretendida absolvição por fragilidade de provas e justifica o decreto condenatório, tal como prolatado.*

*O pedido de desclassificação do delito da Lei n.º 10.826/03 para a causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da Lei n.º 11.343/06 não merece prosperar, eis que os referidos delitos são autônomos e possuem pressupostos diversos. Aliás, o apelante foi injustificadamente beneficiado com o não reconhecimento da majorante, o que não se pode corrigir à míngua de recurso ministerial.*

*Quanto ao pedido subsidiário para redução da pena imposta, com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, em grau máximo, melhor sorte não tem o recurso, uma vez que existem evidências seguras de que o réu integra*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*organização criminosa.*

*No que pertine ao pedido de imposição de regime mais benéfico para cumprimento da pena privativa de liberdade, nada há que ser modificado, uma vez que o regime inicial fechado é o mais adequado aos objetivos repressivo/preventivo da pena (fls. 67/68).*

É certo que o art. 40, IV da Lei 11.343/2006 prevê, como causa especial de aumento de pena, nos delitos descritos nos arts. 33 a 37 da mesma Lei, a utilização de arma de fogo. Nesse caso, agrava-se a pena nos delitos de narcotráfico quando o agente emprega efetivamente a arma de fogo para viabilizar sua atividade. De outro lado, o art. 16 da Lei 10.826/2003, descreve a conduta do agente que, entre outros verbos, porta ou possui arma de fogo de uso restrito ou com numeração suprimida.

Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias reconheceram, com base no acervo probatório produzido, a ocorrência de ações autônomas que concorreram para a prática de delitos de natureza diversa – tráfico e associação para o tráfico e porte de arma de fogo e munição com numeração suprimida –, salientando a existência de desígnios autônomos entre as condutas praticadas.

Nesse contexto, não se cogita, em *habeas corpus*, a revisão do entendimento proferido pelas instâncias ordinárias, ante a necessidade de revolvimento fático-probatório, inadmissível na via eleita.

No mesmo sentido, vejamos os seguintes precedentes:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A Lei n. 11.343/2006 prevê como causa especial de aumento de pena para o crime de tráfico de drogas o efetivo emprego de arma de fogo, em que o agente porta ilegalmente a arma apenas para viabilizar o cometimento do delito de narcotráfico.

- No caso dos autos, as instâncias ordinárias, com base no conjunto fático-probatório, entenderam que as condutas



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***possuem desígnios autônomos. Rever esse entendimento, na espécie, demandaria reexame de provas, inviável na via estreita do habeas corpus.***

- Habeas corpus não conhecido (HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016).

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DO AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PROPORCIONALIDADE. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. CONCLUSÃO DIVERSA. DILAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3. Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam ao razoável aumento de 1/5 da pena, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, visto que o paciente era, ao tempo do crime, reincidente específico.

***4. A Lei n. 11.343/2006 prevê como causa especial de aumento para os crimes previstos nos artigos 33 a 37 o efetivo emprego de arma de fogo, em que o agente porta ilegalmente a arma apenas para viabilizar o cometimento do delito de narcotráfico, e não o fato de possuir ou de portar concomitantemente arma de fogo de uso restrito.***

***5. Não há como aplicar-se a causa especial de aumento de pena prevista no inciso VI do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006 em substituição à condenação pelo crime do artigo 16 da Lei n. 10.826/2003, quando verificado que o delito de tráfico de drogas não foi praticado com o emprego de arma de fogo (caso em que incidiria a majorante em questão), visto que a arma apreendida não estava sendo utilizada como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico.***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**6. Para afastar o acórdão impugnado e, por conseguinte, concluir que a arma de fogo estava sendo utilizada como meio de intimidação difusa para assegurar o sucesso da mercancia ilícita de drogas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência essa que, conforme cediço, é inadmissível na via estreita do habeas corpus.**

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 261.601/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 19/12/2013)

Noutro ponto, a jurisprudência desta Corte Superior, sedimentou-se no sentido de que, notadamente após a abolição do delito de associação eventual para o tráfico, tipificado na antiga legislação de drogas, a caracterização do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06 demanda a comprovação do dolo de se associar para a prática do narcotráfico, com estabilidade e permanência.

No caso dos autos, as instâncias ordinárias indicaram a estabilidade e permanência exigidas para a tipificação do delito em tela, amplamente evidenciadas pelas circunstâncias do crime, praticado em ponto de tráfico de drogas dominado pelo "comando vermelho", tendo, ainda, sido apreendida grande quantidade de droga, e petrechos utilizados para a prática continuada dessa espécie de crimes.

Assim, é certa a impossibilidade de revisão desse entendimento, que demandaria incursão probatória, inadmissível em *habeas corpus*.

No mesmo sentido:

**HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.**

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

**TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ARTIGO 14 DA LEI 6.368/1976. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.**

1. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se subsume ao tipo do artigo 14 da Lei 6.368/1976. Doutrina. Precedentes.

2. Tendo a autoridade apontada como coatora reconhecido, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, que o paciente integraria organização criminosa estável e permanente, está caracterizado o delito de associação para o tráfico, afastando-se a coação ilegal suscitada na impetração.

3. Para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado do conjunto probatório produzido nos autos, providência que é inadmissível na via estreita do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 363.710/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA, ALTERAÇÃO DO REGIME E ELEVAÇÃO DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO. TEMAS NÃO SUBMETIDOS AO CRIVO DA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ELEMENTOS VERIFICADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A incompetência do juízo, a substituição da pena, a aplicação de regime diverso, bem como a elevação do redutor da pena são temas que não foram previamente submetidos ao crivo da Corte local, o que inviabiliza o conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

3. O único tema submetido efetivamente ao crivo da Corte de origem se refere à absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de atipicidade. Contudo, o Tribunal de Justiça entendeu estar devidamente demonstrada tanto a autoria quanto a materialidade, tendo ficado demonstrada a habitualidade e o vínculo permanente com a intenção de cometimento do ilícito. Dessarte, não é possível, na via eleita, reverter a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, porquanto o édito condenatório se insere no juízo de discricionariedade motivada do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto, somente passível de revisão por esta Corte no caso de flagrante ilegalidade, o que não se verificou no caso dos autos.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 345.266/PR, Rel.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 11/03/2016).

Por fim, considerando a manutenção da condenação pela prática dos crimes tipificados nos art. 33 e 35, ambos da Lei 11.343/2006, fica prejudicada a análise do pedido de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33 § 4º da Lei de Drogas. Isso porque a condenação pela prática do crime de associação para o tráfico obsta o reconhecimento do tráfico privilegiado, ante a dedicação à atividade criminosa inerente ao delito.

Vejam-se:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Não se aplica a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ao réu condenado também pelo crime de associação para o tráfico de drogas. Precedentes.

- Não havendo o redimensionamento da pena, o regime fechado se mostra o único possível, tendo em vista que a pena ficou arbitrada em patamar superior a 8 anos.

- Da mesma forma, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto a pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido (HC 371.310/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016)

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INCOMPATIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA MINORANTE AO CONDENADO TAMBÉM PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO DESPROVIDO.*

1. Segundo entendimento reiterado desta Corte, a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas, como prescinde dos requisitos de estabilidade e de permanência, obsta a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pela falta de um dos requisitos legais para o deferimento da benesse, qual seja, a não dedicação do agente a atividade criminosa (Precedentes).*

2. *Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1484137/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016).*

Inviável, ainda, diante do *quantum* de pena aplicado, a alteração do regime prisional, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0288726-7

**HC 377.179 / RJ**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00169339020148190054 054044112014 169339020148190054 54044112014

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI  
ADVOGADO : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - RJ165552  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PACIENTE : ATILA ELIAS DA SILVA GOMES

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."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.