



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.996 - RJ (2012/0236934-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RODRIGO SILVA DOS SANTOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. BENS JURÍDICOS DIVERSOS E DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTADA A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A majorante do art. 40, IV, da Lei n. 11.343/06, incide nos crimes de tráfico de drogas armado, de objetividade jurídica distinta do crime de porte ilícito de arma de fogo, de modo que o cometimento de delitos que abarcam desígnios autônomos impede o pretendido afastamento do concurso material de crimes.
3. Flagrado o paciente na posse arma de fogo de uso restrito, conduta autônoma ao também constatado delito de tráfico de drogas, correta é a incidência do cúmulo material.
4. A vivência delitiva do agente serve para afastar a incidência da minorante do tráfico eventual, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ainda que indicada por feitos em andamento, como tem decidido esta Corte
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 07 de junho de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.996 - RJ (2012/0236934-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RODRIGO SILVA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de RODRIGO SILVA DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Consta dos autos que o juízo de primeiro grau absolveu o paciente da prática descrita no art. 33, *caput*, da Lei 11343/06, c/c o art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal.

Interposto apelo ministerial, a sentença foi reformada, condenando o réu, na capitulação acima disposta, à pena de 8 anos de reclusão e 510 dias-multa.

Neste *writ*, requer o impetrante que o delito de posse de arma de fogo seja reconhecido como majorante do delito de tráfico de drogas (art. 40, IV, da Lei 11343/06) e não como crime autônomo, bem como postula pela aplicação do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

As informações foram prestadas às fls. 56/72, 80/91, 99/100 e 102/111.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 75/78, pela parcial concessão da ordem.

As últimas informações prestadas dão conta de que o paciente está solto, desde a prolação da sentença absolutória, aguardando o julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 351970/RJ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 258.996 - RJ (2012/0236934-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos do acórdão impugnado (fls. 41/43):

Realmente, os policiais afirmaram que o réu indicou para a guarnição o exato local onde as drogas e a arma estavam escondidas, confirmando as notícias recebidas anteriormente e que davam conta de que o réu possuía arma de fogo e exercia o tráfico de drogas na localidade.

(...)

Assim, a quantidade e variedade de drogas apreendidas, a forma como estavam acondicionadas, o local dos fatos – no interior do quintal da casa do acusado - além dos depoimentos dos policiais – harmoniosos em seus principais elementos - não deixam dúvida de que o réu tinha em depósito e guardava substâncias entorpecentes e também que possuía arma de fogo com numeração suprimida.

Além disso, os policiais que efetuaram a prisão do acusado, em flagrante, por óbvio, não possuem qualquer interesse particular em sua condenação.

Portanto, é de se reformar a sentença recorrida para condenar o réu nos termos da denúncia.

Para o crime da Lei de Drogas, fixa-se a pena no mínimo legal de 05 anos de reclusão, em regime fechado (lei 8.072/90), e 500 dias-multa, que é tornada definitiva à míngua de causas modificadoras.

De se dizer que afigura-se inaplicável a regra do § 4º, do art. 33, da lei 11.343/06, que exige que o agente não possua antecedentes criminais, já que o acusado responde a processo por roubo duplamente majorado (Proc. 0006079-64.2009) e há notícia de mandado de prisão em aberto (fls. 27).

Para o crime de posse de arma de fogo com numeração suprimida fixa-se a pena no mínimo legal de 03 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 10 dias-multa, tornando-a definitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por tais motivos, DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

Extraí-se do julgado acima colacionado que a arma em questão foi encontrada juntamente com as drogas apreendidas, razão pela qual requerem os impetrantes que seja afastado o concurso material de crimes, substituindo-se, assim, a condenação por posse de arma de fogo de uso restrito pela causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da Lei n. 11.343/06.

Neste contexto, não há que se falar em aplicação do princípio da consunção ao crime de tráfico de drogas e posse de arma de fogo, tendo em vista a violação de bens jurídicos distintos e da prática de condutas autônomas, ou seja, não ocorre o esgotamento do dano social no crime de tráfico quando evidencia-se que o paciente mantinha em sua posse arma de fogo de uso restrito; isso porque, antes mesmo da apreensão dos entorpecentes, a posse ilegal da arma já vinha causando violação à incolumidade pública, devendo, portanto, ser mantida a condenação por ambos os delitos, na forma do artigo 69 do Código Penal.

Bem referiu o Órgão Ministerial, em seu parecer, que (fl. 77):

Observa-se do feito que é impossível reclassificar o crime praticado pelo paciente, reconhecendo a aplicação supracitada majorante, como pretende a defesa, eis que a conduta imputada ao réu é ter em depósito e guardar para fins de tráfico substância entorpecente, sendo assim não houve a prática do crime com emprego de arma de fogo, mas tão-somente a apreensão do referido artefato em razão da posse ilegal. Dessa forma, correta a decisão do Tribunal a quo que reconheceu a ocorrência de concurso material.

Ademais, em situação fática bastante similar, embora sob outro fundamento, decidiu esta Corte que, se no momento da apreensão, a arma não estiver sendo usada como parte do processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico, não há como aplicar a majorante do art. 40, IV, da Lei de drogas, em substituição ao crime descrito no art. 16 da Lei 10826/03. Confira-se:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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) (com destaques)

Por sua vez, para afastar o privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, alegou a instância a quo que o benefício era inaplicável à espécie já que o acusado responde a processo por roubo duplamente majorado (Proc. 0006079-64.2009) e há notícia de mandado de prisão em aberto (fls. 27) (fl. 43).

Realmente, a vivência delitiva do agente serve para afastar a incidência da minorante, ainda que indicada por feitos em andamento, como tem decidido esta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Assentado pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

3. A existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza da droga apreendida (41 trouchinhas de crack).

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 313.812/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016) (com destaques)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR DELITO DA MESMA ESPÉCIE. DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO. REEXAME DE PROVAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pelo seu anterior envolvimento com o tráfico de drogas, pois, poucos meses antes dos fatos em análise, foi condenado em primeiro grau como incurso no art. 33, caput, e § 4º, da Lei n. 11.343/06.

- Há julgados desta Corte no sentido de que "a existência de outros processos criminais contra o Acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06" (AgRg no AREsp 232.513/AL, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013). Nesse sentido: HC 304.439/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 23/02/2015.

- Ademais, após a impetração deste writ, sobreveio o trânsito em julgado da primeira condenação, consolidando a conclusão das instâncias ordinárias, a qual somente pode ser afastada com o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 311.898/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 10/09/2015) (com destaques)

Ante o exposto, voto por não conhecer do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0236934-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 258.996 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 44768220118190037 7002011

EM MESA

JULGADO: 07/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RODRIGO SILVA DOS SANTOS

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.