



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.104 - RJ (2010/0101155-0)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : JORGE DA SILVA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ANTONIO CARLOS MONTEIRO (PRESO)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DELITO AFASTADO PELA CORTE ESTADUAL. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 40, INCISO IV, DA LEI N.º 11.343/2006. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. FALTA DE INTERESSE. SITUAÇÃO MAIS BENÉFICA AO RÉU. MAJORAÇÃO DA PENA EM MENOR ESCALA. ENTENDIMENTO DESTA CORTE NO SENTIDO DE SE TRATAREM DE DELITOS AUTÔNOMOS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. 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 e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à condenação do réu, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Hipótese na qual o magistrado singular adequou a conduta praticada pelo réu ao tipo penal descrito no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003, aplicando para este delito a pena de 03 anos e 06 meses de reclusão, sendo que a Corte Estadual, ao aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/2006, majorou a pena em 01 ano e 06 meses de reclusão.

V. Evidenciado que a alteração efetivada pela Corte Estadual foi mais benéfica ao réu, não há razões para que o impetrante requeira o afastamento do disposto no art. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/2006, pois tal desfecho resultaria em situação prejudicial ao acusado, até por que esta Corte possui entendimento no sentido de que o crime de tráfico de drogas e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo são autônomos.

VI. Inexistência, na espécie, de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *habeas corpus*, caracterizando-se o uso inadequado do instrumento constitucional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII. Ordem denegada.

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. "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.104 - RJ (2010/0101155-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento à apelação interposta em favor de ANTONIO CARLOS MONTEIRO, apenas para reduzir a pena que lhe foi imposta.

O paciente, juntamente com outro corréu, foi condenado à pena de 09 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática dos delitos descritos no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 e art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003, não tendo sido permitido o recurso em liberdade.

Irresignados, tanto a defesa, quanto a acusação recorreram da sentença. A Corte Estadual, por sua vez, deu parcial provimento aos apelos, para manter a condenação do réu somente em relação ao art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, afastando a conduta descrita no art. 16 da Lei do Desarmamento, substituindo-a pela majorante do art. 40, IV, da Lei Antidrogas, nos termos da seguinte ementa:

“TRÁFICO E PORTE DE ARMA. APELOS DEFENSIVO E MINISTERIAL. PRELIMINAR DE NULIDADE NÃO ACOLHIDA. JUÍZO DE CONDENAÇÃO MANTIDO. NÃO ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE PORTE ARMA E CONDENATÓRIO PELA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXASPERAÇÃO DA PENA ACOLHIDA.

Cuidando-se de estado flagrancial; imputação de tráfico, a permissão da entrada dos policiais na residência, dispensável o mandado de busca e apreensão, por se cuidar de delito de natureza permanente, não havendo que se falar em violação domiciliar, situação excepcional prevista no art. 5º, inc. XI de nossa Carta Magna.

Preliminar não acolhida.

No mérito, o pedido absolutório não encontra acolhida.

Autoria e materialidade devidamente demonstradas, a primeira pelos harmônicos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, restando isolada a negativa, e, a segunda, pelos laudos preliminares, definitivos e de avaliação.

Ante a apreensão da arma juntamente com o entorpecente, há que se desclassificar o crime autônomo do porte para a agravante prevista no art. 40, inc. IV da Lei 11343/06.

A ausência de demonstração do vínculo associativo do réu com outros elementos, mas tão somente sua vontade para a prática do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico, precária a prova para um juízo de condenação pelo art. 35 da lei 11343/06, mantendo-se a absolvição.

Quanto ao aumento da pena-base do crime de tráfico há o pedido ministerial que ser acolhido. Nos termos do art. 42 da Lei 11343/06 na fixação da pena, hão que ser considerados a quantidade, a personalidade e a conduta social do agente. Precedentes do E. STJ. Penabase fixada acima do mínimo com posterior aumento pela reincidência, fixado na fração de 1/6, além do acréscimo de 1/6 pela agravante prevista no art. 40, IV da lei 11343/06.

PROVIMENTO PARCIAL DOS APELOS DEFENSIVO E MINISTERIAL, RESTANDO O RÉU ANTONIO CARLOS CONDENADO A PENA FINAL DE 08 (OITO) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 696 (SEISCENTOS E NOVENTA E SEIS) DIAS-MULTA À RAZÃO UNITÁRIA MÍNIMA.” (fls. 29/30).

Na presente impetração, sustenta-se que não poderia ter sido aplicado ao réu a causa de aumento de pena do art. 40, inciso IV, da Lei 11.343/2006, pois, pelo que dispõe o referido artigo, “o ‘emprego’ de arma de fogo é elemento objetivo do tipo”, sendo certo que a guarda, a posse ou o porte ostensivo da arma não servem para configurar a qualificadora.

Assim, considerando-se a impossibilidade de se presumir que quem porta a arma tem intenção de usá-la, requer-se o afastamento da condenação da causa de aumento de pena do art. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/2006.

A liminar foi indeferida às fls. 45/46.

As informações foram prestadas às fls. 52/53.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ordem (fls. 80/82).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.104 - RJ (2010/0101155-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento à apelação interposta em favor de ANTONIO CARLOS MONTEIRO, apenas para reduzir a pena que lhe foi imposta.

O paciente, juntamente com outro corréu, foi condenado à pena de 09 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática dos delitos descritos no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 e art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003, não tendo sido permitido o recurso em liberdade.

Irresignados, tanto a defesa, quanto a acusação recorreram da sentença. A Corte Estadual, por sua vez, deu parcial provimento aos apelos, para manter a condenação do réu somente em relação ao art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, afastando a conduta descrita no art. 16 da Lei do Desarmamento, substituindo-a pela majorante do art. 40, IV, da Lei Antidrogas.

Na presente impetração, sustenta-se que não poderia ter sido aplicado ao réu a causa de aumento de pena do art. 40, inciso IV, da Lei 11.343/2006, pois, pelo que dispõe o referido artigo, “o ‘*emprego*’ de arma de fogo é elemento objetivo do tipo”, sendo certo que a guarda, a posse ou o porte ostensivo da arma não servem para configurar a qualificadora.

Assim, considerando-se a impossibilidade de se presumir que quem porta a arma tem intenção de usá-la, requer-se o afastamento da condenação da causa de aumento de pena do art. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/2006.

Passo à análise da irresignação.

Em sede de informações prestadas a esta Corte, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro noticiou que o julgamento colegiado ocorreu no dia 01/06/2010, tendo a decisão transitado em julgado em 21/07/2010.

Denota-se, então que a impetrante não buscou o exame da irresignação em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, pela via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandamus, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

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.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração 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 e vulgarização do *habeas corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal.

O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido *habeas corpus*, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ”

(HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011).

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

E, no caso concreto, não se verifica a ocorrência de qualquer situação de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isto por que, na verdade, falta, até mesmo, interesse da parte de impugnar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Ocorre que, na hipótese dos autos, o magistrado singular adequou a conduta praticada pelo réu ao tipo penal descrito no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003, aplicando para este delito a pena de 03 anos e 06 meses de reclusão (fl. 17).

Em sede de apelação, a Corte Estadual afastou o delito autônomo e entendeu que o fato de a arma ter sido encontrada no interior da residência do réu se amoldava à causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/2006.

Com isso, majorou a reprimenda imposta pelo delito de tráfico em 1/6, o que resultou em um aumento de 01 ano e 06 meses de reclusão.

Como se vê, a majoração da pena decorrente do reconhecimento da causa de aumento de pena foi menor que a pena aplicada pelo delito autônomo, tendo a alteração efetivada pela Corte Estadual sido mais benéfica, portanto, ao paciente.

Deste modo, não há razões para que o impetrante requeira o afastamento do disposto no art. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/2006, pois tal desfecho resultaria em situação prejudicial ao acusado, uma vez que acarretaria o restabelecimento da sentença, a qual, em consonância com o entendimento desta Corte, reconheceu a existência de crimes autônomos.

Inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade a ensejar eventual concessão da ordem de ofício, resta caracterizado o uso inadequado do instrumento constitucional.

Feitas estas considerações, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0101155-0

HC 175.104 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 159025920098190038 20090380159589 9352009

EM MESA

JULGADO: 14/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JORGE DA SILVA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ANTONIO CARLOS MONTEIRO (PRESO)

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.