



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 154.060 - RJ (2009/0226290-7)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEX RIBEIRO DE MORAES

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES DO STF. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. CONCLUSÃO DIVERSA. DILAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do *writ*, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, tema afetos à apelação criminal, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito, que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. Não há como se aplicar a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da Lei n. 11.343/2006 em substituição à condenação pelo art. 16 da Lei n. 10.826/2003 quando verificado que o crime de tráfico de drogas e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito são autônomos.

4. Eventual substituição da condenação do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo pela incidência da majorante prevista no inciso IV do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 demandaria dilação fático-probatória, o que é vedado na via estreita do *habeas corpus*.

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, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 07 de novembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 154.060 - RJ (2009/0226290-7) (f)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Alex Ribeiro de Moraes**, apontando como autoridade coatora a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que negou provimento à Apelação n. 2009.050.05981, mantendo a sentença que condenou o paciente pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e no art. 16, parágrafo único, III e IV, da Lei n. 10.826/2003, **em concurso material**.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o paciente deveria ter sido condenado pelo crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas com a aplicação da causa especial de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, e não pela prática do delito de narcotráfico em concurso material com o ilícito do art. 16 da Lei n. 10.826/2003.

Pondera que *o concurso aparente de normas, na hipótese, deve necessariamente ser solucionado pelo princípio da especialidade, na hipótese mais favorável ao recorrente* (fl. 7).

Requer a concessão da ordem para que seja afastada a pena aplicada em relação ao crime inculcado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, substituindo-a pela causa especial de aumento prevista no inciso IV do art. 40 da Lei de Drogas.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 154.060 - RJ (2009/0226290-7) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 8 anos de reclusão e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, bem como à reprimenda de 4 anos e 6 meses de reclusão, mais multa, pelo cometimento do delito insculpido no art. 16, parágrafo único, III e IV, da Lei n. 10.826/2003, em concurso material, narrados nos seguintes termos (fl. 38):

No dia 13 de agosto de 2008 [...], o denunciado, livre e conscientemente, em unidade de ações e desígnios com outros elementos não identificados, trazia consigo, nos bolsos de sua bermuda, 2 g (dois gramas) de erva seca e picada, vulgarmente conhecida como "maconha" acondicionados em 4 (quatro) pequenos sacos plásticos incolor e 18 g (dezoito gramas) de pó branco, acondicionados em 38 (trinta e oito) pequenos sacos plásticos incolores, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico [...].

Na mesma data, hora e local, o denunciado, livre e conscientemente, em unidade de ações e desígnios com outros elementos não identificados, possuía artefato explosivo, a saber: uma granada, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ainda na mesma data, hora e local, o denunciado, livre e conscientemente, em unidade de ações e desígnios com outros elementos não identificados, possuía e portava, no interior de uma bolsa de cor verde, um revólver, marca Taurus, calibre 38 SPL, com numeração suprimida, de uso proibido, municiado com 04 (quatro) cartuchos intactos CBC, calibre 38, estes de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

[...]

Inconformada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de origem (n. 2009.050.05981), à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

Contra esse acórdão foram opostos embargos de declaração, os quais, no entanto, foram rejeitados (fls. 80/83).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre salientar, de início, na esteira do que vem decidindo esta Corte Superior de Justiça, a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do *writ*, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, tema afetos à apelação criminal, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito, que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. DENEGAÇÃO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.

2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. Hipótese em que não há ilegalidade manifesta. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi concretamente fundamentada, ressaltando a Corte estadual a existência de condenação anterior com trânsito em julgado, além daquela utilizada como reincidência, bem como as reais consequências do crime. E o aumento de 1/6 em decorrência da reincidência mostra-se razoável, não ferindo o princípio da proporcionalidade.

4. Ordem denegada.

(HC n. 155.924/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/8/2012 – grifo nosso)

E ainda: HC n. 190.067/MS, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1º/8/2012.

Na espécie dos autos, verifica-se que, após o julgamento da apelação, a defesa ingressou diretamente com o presente remédio constitucional, deixando de interpor recurso especial.

Consoante já decidiu este Superior Tribunal: *O 'habeas corpus' não foi criado para a finalidade aqui empregada. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o 'habeas corpus' no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça* (HC n. 134.960/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/9/2012).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal também tem se orientado pela inadequação do manejo do *habeas corpus* em substituição a recurso próprio. A propósito, confira-se o seguinte julgado:

[...]

Consigno a óptica sobre a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão - o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada - praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição -, passou-se a admitir o denominado *habeas substitutivo* do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* - este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer 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 do 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 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.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importando a justificativa plausível destas - no caso, constitucional -, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira - na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.

(HC n. 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 11/9/2012)

No mesmo norte, confirmam-se os seguintes precedentes da Corte Suprema: HC n. 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 6/9/2012; HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012.

Na espécie dos autos, **não** se vislumbra manifesto constrangimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal passível de concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

No que se refere à alegação de que o paciente deveria ter sido condenado pelo crime previsto no art. 33, *caput*, com a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da Lei n. 11.343/2006, e não pela prática do delito de tráfico de drogas em concurso material com o ilícito do art. 16 da Lei n. 10.826/2003, como estabelecido pelas instâncias ordinárias, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o disposto no art. 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento:

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.

A Lei n. 11.343/2006, por sua vez, prevê como causa especial de aumento de pena do tráfico de drogas o emprego de arma de fogo no cometimento do delito, conforme se verifica do dispositivo a seguir descrito, *in verbis* (grifo nosso):

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;

Sobre a questão posta em discussão, a Corte estadual destacou que (fls. 82/83):

[...] o quadro probatório não demonstrou que a arma de fogo apreendida na residência do embargante se destinava a assegurar aquela hedionda atividade.

Para que incida a causa de aumento de pena do artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06, é necessário que o agente tenha a intenção de intimidar alguém ou certa coletividade empregando a arma de fogo com esse exclusivo fim.

No caso, a arma não estava sendo empregada para afastar os policiais no momento da abordagem ou para garantir o delito de tráfico, de modo que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível apenas a configuração de crime autônomo.
[...]

Por essas razões, não há como acolher-se a pretensão de se aplicar a causa especial de aumento de pena prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 em substituição à condenação pelo delito do art. 16 da Lei n. 10.826/2003, pois, conforme restou apurado, 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 a arma de fogo não foi utilizada como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico, constituindo, pois, um **delito autônomo**.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci leciona que, *havendo a distribuição de drogas em uma região, por exemplo, em que concomitantemente, apreende-se com os infratores armas ilegais, deve incidir o Estatuto do Desarmamento, pois há figuras típicas específicas (Leis penais e processuais penais comentadas. 3ª ed. Revista dos Tribunais, 2008, págs. 343/344).*

Vale dizer, 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, e não o fato de haver a posse ou o porte concomitante de arma de fogo de uso restrito, como ocorrido no caso dos autos.

Aliás, veja o que asseverou o Ministério Público Federal sobre essa questão (fl. 130):

[...]
De fato, empregar a arma significa utilizá-la no momento da prática criminosa, o que não ocorreu no caso em testilha, vez que a arma de fogo encontrava-se dentro da sacola que o paciente portava no momento da abordagem policial, sendo certo que a mesma não foi empregada para afastar tais agentes nem tampouco para assegurar o delito de tráfico de entorpecentes.
[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante de todas essas considerações, justamente porque verificado que, na espécie dos autos, não houve unicidade de ação e de desígnios na prática dos delitos de tráfico de drogas e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no acórdão impugnado no ponto em que manteve a condenação do paciente por ambos os delitos, não procedendo a substituição da condenação pelo crime do art. 16 da Lei n. 10.826/2003 pela majorante prevista no inciso IV do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, como pretendido.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado deste Superior Tribunal:

TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUCTAS AUTÔNOMAS. CONCLUSÃO DIVERSA QUE DEMANDARIA ANÁLISE 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 concluiu que a arma apreendida na posse do paciente não teria sido utilizada como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar o narcotráfico, constituindo, pois, delito autônomo.

[...]

3. Ordem parcialmente concedida para, reduzindo-se ao mínimo legal as penas-base de cada crime imputado ao paciente e, alterando-se para 6 (seis) meses o aumento relativo à reincidência apenas quanto aos delitos de associação para o tráfico e porte ilegal de armas, redimensionar a reprimenda total para 13 (treze) anos de reclusão, mais pagamento de 1.429 (mil quatrocentos e vinte e nove) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impetrado.

(HC n. 159.723/RJ, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/3/2012)

Ademais, imperioso destacar que, consoante entendimento deste Superior Tribunal, *eventual alteração da adequação típica do crime de porte ilegal de arma de fogo para a causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei 11.343/06, necessitaria de incursão no conjunto probatório, providência esta incompatível com a via estreita do 'writ' (HC n. 200.897/RJ, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 3/8/2011).

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0226290-7

HC 154.060 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA

JULGADO: 07/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEX RIBEIRO DE MORAES

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

As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.