



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.372 - RJ (2010/0165707-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : ANGELA THEREZA HAUSMANN MOURA BRITO -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ROBSON DOS SANTOS PERROTE

EMENTA

HABEAS CORPUS. 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. EXECUÇÃO. MODO INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME SEMIABERTO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. 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.
2. 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*.
3. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da pretendida fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.
4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

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, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nessa parte, a denegar nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 03 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.372 - RJ (2010/0165707-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Robson dos Santos Perrote**, apontando-se como autoridade coatora a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que negou provimento à Apelação Criminal n. 0023982-23.2009.8.19.0002, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, em concurso material.

A 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, uma vez que, segunda argumenta, "consta dos autos, de forma clara e inequívoca, que a arma estava guardada na mochila juntamente com a droga" (fl. 3).

Defende que a arma de fogo apreendida era empregada no delito de tráfico de drogas, razão pela qual estaria caracterizada a majorante do inciso VI do art. 40 da Lei n. 11.343/2006.

Considera, ainda, que deveria ser fixado ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, ressaltando que a regra prevista no art. 2º, § 1º, da Lei n. 11.464/2007 já estaria superada pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Requer a concessão da ordem, para que:

a) seja cassado o acórdão impugnado no ponto em que manteve a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação do paciente pelo art. 16 da Lei n. 10.826/2003, substituindo-a pela causa especial de aumento de pena prevista no inciso IV do art. 40 da Lei de Drogas, no patamar de 1/6;

b) seja fixado ao paciente o regime inicialmente semiaberto de cumprimento de pena.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.372 - RJ (2010/0165707-5)

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, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, em concurso material, narrados nos seguintes termos (fls. 11/12):

No dia vinte e seis de maio de 2009, [...], o ora denunciado, de forma livre e consciente, trazia consigo, guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, 206 g (duzentos e seus gramas) de *Cannabis sativa* L., acondicionada em 77 (setenta e sete) embalagens plásticas, e 78 g (setenta e oito gramas) de Cloridrato de cocaína, distribuído em 50 (cinquenta) invólucros de plástico [...], bem como possuía e mantinha sob sua guarda uma pistola, calibre 45, [...], com inscrição do Exército Brasileiro, municiada, [...], tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

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, inciso 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 "essa arma, quando foi apreendida, não estava sendo utilizada para garantir a prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06", razão pela qual entendeu não ser cabível "a pretensão do apelante de considerar a posse da arma de fogo como causa especial de aumento de pena alusiva ao art. 33 da Lei 11.343/06, porque, no caso, se trata de delito autônomo sobejamente provado" (fls. 92/93).

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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.

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 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).

No que tange à pretendida fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, verifica-se que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que impede a apreciação dessa questão diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PENDÊNCIA DE RECURSO DE APELAÇÃO. SEDE PRÓPRIA PARA ANÁLISE DA QUESTÃO. EXAME DIRETO POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CUSTÓDIA CAUTELAR. RÉ QUE PERMANECEU PRESO DURANTE O PROCESSO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE INDEFERIDO SEM FUNDAMENTAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O recurso de apelação - já interposto - é a sede própria para a análise de pedidos que demandem detida incursão no conjunto fático-probatório.

2. No caso, a pretensão de modificação do regime prisional deve ser primeiramente submetida ao crivo da instância ordinária, na seara da apelação defensiva.

3. O enfrentamento dessa matéria, neste momento, implicaria indevida supressão de instância, até mesmo porque o Tribunal bandeirante, em sede de *habeas corpus*, deixou de examinar o caso.

[...]

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida com o intuito de assegurar possa a paciente aguardar em liberdade o julgamento da apelação.

(HC n. 204.442/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 17/8/2011)

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do presente *habeas corpus* e, nessa extensão, denego a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0165707-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 184.372 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090020240152 239822320098190002

EM MESA

JULGADO: 03/11/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANGELA THEREZA HAUSMANN MOURA BRITO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ROBSON DOS SANTOS PERROTE

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, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta parte, a denegou, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RJ), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.