



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.400 - RJ (2010/0144164-6)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS ALAN FARIA SARRE

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **1.** AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. ENVOLVIMENTO EM ATIVIDADE CRIMINOSA. **2.** APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO DELITO DE POSSE DE ARMA DE FOGO PELA APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 40, IV, DA LEI Nº 11.343/2006. **3.** REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. **4.** ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não faz jus à diminuição da pena, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o acusado que se dedica a atividades criminosas, como é o caso dos autos. Ainda que assim não fosse, a quantidade de droga apreendida, bem como as circunstâncias em que o paciente foi surpreendido – com a apreensão de uma pistola muniada e de uma granada, por si sós, já seriam obstáculo à incidência da causa de redução de pena, haja vista que o emprego de arma de fogo na atividade de tráfico inviabiliza a redução da pena, na medida em que revela nítido traço de organização e de outras atividades criminosas.

2. A regra excepcional do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tem como destinatário o pequeno traficante, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida, não havendo que se falar, desta maneira, em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

3. A absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexu finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico.

4. A arma de fogo oculta no mesmo local da apreensão da droga, localizada por indicação do próprio paciente e que se encontrava no mesmo contexto fático-temporal em que se deu a apreensão da droga, evidentemente se destinava ao apoio e ao sucesso da mercancia ilícita, não sendo possível aferir a existência de desígnios autônomos entre as condutas.

5. No caso, o regime mais rigoroso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 anos, levando em consideração as circunstâncias do crime, que envolvem a apreensão de uma pistola muniada e de uma granada, que revela nítido traço de organização e de outras atividades criminosas.

6. Habeas corpus parcialmente concedido para reclassificar a conduta do paciente para a do art. 33, **caput**, c/c o art. 40, IV, ambos da Lei nº 11.343/2006, tendo por absorvida a figura autônoma contida na lei de armas, fixando a pena do paciente em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, mantidos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demais termos do decreto condenatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 17 de abril de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.400 - RJ (2010/0144164-6)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Carlos Alan Faria Sarre, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, **caput**, art. 35, **caput**, ambos da Lei nº 11.343/2006, e art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/2003, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, e 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, respectivamente.

Em sede de apelação criminal, foi dado parcial provimento ao apelo defensivo para absolvê-lo da imputação do art. 35 da Lei nº 11.343/2006.

Irresignada, a defesa opôs embargos de declaração apontando a omissão quanto a não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como quanto à incidência do art. 40, IV, da mesma lei, afastando a condenação pelo delito autônomo previsto no Estatuto do Desarmamento. Os embargos foram rejeitados.

Opostos novos embargos de declaração visando suprir a omissão quanto ao regime prisional adotado, foram eles desprovidos.

No presente **mandamus**, sustenta a impetrante ser o paciente primário, com bons antecedentes e não integrante de organização criminosa, *“até mesmo porque não ficou provado qualquer associação para o tráfico, uma vez que o paciente foi absolvido (...) pelo artigo 35 da Lei 11.343/06”*, sendo de rigor a aplicação da causa especial de diminuição prevista na Lei de Drogas.

Alega que, em atenção ao princípio da especialidade, deve ser aplicada a causa de aumento prevista no art. 40, IV, da Lei nº 11.343/2006, ao crime de tráfico de drogas ao qual foi condenado, afastando a condenação do art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/2003.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma, ainda, ser possível a fixação do regime semiaberto para o desconto da reprimenda do crime de tráfico de drogas e, caso, não seja afastada a condenação pelo crime previsto no Estatuto do Desarmamento, que este seja descontado no regime aberto.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 113/119).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.400 - RJ (2010/0144164-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Busca a impetrante a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a aplicação do princípio da especialidade para que seja afastada a condenação pelo crime previsto no Estatuto do Desarmamento, com a aplicação da causa de aumento do art. 40, IV, da Lei de Drogas, ao crime de tráfico de drogas ao qual fora condenado.

Pretende, ainda, a adequação do regime prisional para o desconto das reprimendas referente aos crimes de tráfico de drogas e de porte ilegal de armas.

Sempre nos lembrou Pontes de Miranda a importância do **habeas corpus**, isso em decorrência de toda matéria a que o instituto se refere, isto é, a liberdade de ir, ficar e vir. O só ajuizamento da ação penal condenatória já é suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal. Dessa forma, tem-se utilizado, não sem razão, do **writ** a fim de se garantir a efetividade do direito fundamental à liberdade e combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder.

Ocorre que o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

O **habeas corpus** presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, conheço da presente impetração e passo à análise dos pedidos formulados na inicial.

Veja-se o que disse o Tribunal de Justiça estadual quanto ao pleito de aplicação do aludido benefício (fl. 42):

Não é o caso de se aplicar a redução do artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, pela quantidade apreendida, a posse da arma, sendo o apelante desempregado.

Fica evidente a dedicação e afincamento à atividade criminosa que, pelas características, não se mostra isolada, esporádica ou eventual, e sem periculosidade porque mantida até com o uso de arma, resguardando, inclusive, a área de outros traficantes.

Assim, uma vez que a Corte local reconheceu que o paciente não preenchia um dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, visto que se dedica à atividade criminosa, inviabiliza-se, desde logo, a aplicação da referida causa de diminuição de pena.

Ainda que assim não fosse, a quantidade de droga apreendida (45 invólucros de maconha), bem como as circunstâncias em que o paciente foi surpreendido – com a apreensão de uma pistola municada e de uma granada -, por si sós, já seriam obstáculo à incidência da causa de redução de pena.

A meu ver, o emprego de arma de fogo na atividade de tráfico inviabiliza a redução da pena, na medida em que revela nítido traço de organização e de outras atividades criminosas.

Além disso, a presença de uma das circunstâncias de aumento de pena do art. 40, indica conduta cujo grau de censura não autoriza a aplicação do benefício excepcional do § 4º do art. 33, voltado para situações de pequena gravidade e diminuta culpabilidade.

É que a regra excepcional do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tem como destinatário o pequeno traficante, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida, não havendo que se falar, desta maneira, em ofensa ao princípio da presunção de inocência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, afastar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, no sentido de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, demandaria o amplo reexame de matéria fático-probatória, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**.

Não destoaria desse entendimento a jurisprudência desta Corte Superior:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 a paciente que não atende aos seus requisitos. Hipótese em que o Tribunal de origem negou o benefício invocando a natureza e quantidade de drogas apreendidas, asseverando que o paciente dedica-se a atividade criminosa. Tal conclusão não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas.

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. Condenado o paciente por tráfico, em razão da natureza e grande quantidade de droga, o regime mais adequado é o fechado, embora a pena imposta seja de 6 anos de reclusão.

5. Ordem denegada. (HC nº 200.779/ES, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 19/12/2011)

B – (...)

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há constrangimento ilegal na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em poder do paciente e as demais circunstâncias do caso concreto, levaram a conclusão de que não se tratava de traficante ocasional, mas que se dedicaria a atividades delituosas ou mesmo que integraria organização criminosa voltada especialmente ao cometimento do narcotráfico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Não preenchido o requisito objetivo para a concessão da permuta, já que a pena definitivamente estabelecida é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado no tocante à negativa de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

*2. Ordem denegada. (HC nº 201.486/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 14/12/2011)*

Por fim, registre-se que os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, são cumulativos, isto é, para que o réu seja beneficiado com a redução da pena deverá preencher todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar a atividades ilícitas e nem participar de organização criminosa.

Confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o réu deve preencher cumulativamente os requisitos ali previstos, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

2. Reconhecendo a sentença que o paciente é reincidente específico, não há como aplicar a minorante.

*3. Habeas corpus denegado. (HC nº 137.159/PR, Relator o Ministro **CELSO LIMONGI** (Desembargador convocado do TJSP), DJe de 23/8/2010.)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante ao pleito de aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, IV, da Lei nº 11.343/2006, ao crime de tráfico de drogas ao qual foi condenado, afastando a condenação do delito previsto no Estatuto do Desarmamento, necessário se faz, para melhor análise da questão **sub examine**, transcrever o disposto no art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/2003:

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.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

(...)

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Por sua vez, a Lei n.º 11.343/2006 prevê como causa especial de aumento de pena dos crimes de tráfico de drogas o emprego de arma de fogo no cometimento do delito, conforme se verifica do dispositivo a seguir colacionado, **in verbis**:

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;

Desde a edição da Lei nº 11.343/2006 vem se discutindo acerca da prevalência do crime autônomo da lei de armas ou da causa de aumento de pena prevista no art. 40 daquele diploma legal.

A absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer, a meu sentir, quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita.

Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas.

Assim, no conflito aparente de normas entre o delito previsto no Estatuto do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desarmamento e a causa de aumento do artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006, prevalece a condição especializante de a arma pertencer ou estar sendo empregada no tráfico de entorpecentes.

Não se desconhece, acerca do tema, o entendimento perfilhado por esta Corte Superior, no sentido de considerar como autônomos os delitos de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

A - 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.

(...)

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 3 anos e 6 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 1 ano e 6 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.

VII. Ordem denegada. (HC nº 175.104/RJ, Relator o Ministro GILSON DIPP, DJe de 24/2/2012)

B – HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. CONCLUSÃO DIVERSA. DILAÇÃO 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 verificado que **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 os carregadores de pistola e as munições de arma de fogo foram encontrados guardados na residência do paciente, e não como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar o narcotráfico, constituindo, pois, delito autônomo.***

2. Ademais, a substituição da condenação do crime de porte ilegal de arma de fogo pela incidência da majorante prevista no inciso IV do art. 40 da Lei 11.343/06 demanda dilação probatória, o que, consoante inúmeros julgados deste STJ e da Corte Suprema, é vedado na via eleita.

*3. Ordem denegada. (HC nº 143.685/RJ, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, Dje de 23/5/2011)*

Todavia, em sentido diverso, entendo que para a configuração da causa de aumento, não se exige o porte ostensivo da arma, indicando a expressão “*emprego de arma de fogo*” contida no art. 40, IV, da Lei de Drogas, necessário apenas um nexos finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico.

Assim, a arma de fogo oculta no mesmo local da apreensão da droga, como é o caso dos autos, evidentemente se destinava ao apoio e ao sucesso da mercancia ilícita, sobretudo ante a inexistência de prova a apontar em sentido diverso.

Entendimento em sentido contrário, quando se verifica que os delitos estão dentro de um mesmo contexto fático, tornaria a previsão de incidência da majorante letra morta, mesmo porque, o crime de tráfico de entorpecentes, em nenhuma de suas condutas, tem como imprescindível para sua consumação o emprego efetivo da arma de fogo. Assim, o simples porte, ou mesmo a posse da arma, como no caso dos autos, enseja a aplicação da majorante, não apenas o seu uso efetivo.

Deve-se considerar ainda que a Lei nº 11.343/2006, ao prever o emprego de arma de fogo como causa de aumento de pena, caracteriza-se como norma especial em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relação à Lei nº 10.826/2003.

Desta forma, deve ser afastado o concurso material, para que os delitos previstos no Estatuto do Desarmamento sejam absorvidos pela lei antidrogas, quando o emprego de arma de fogo busca assegurar as atividades do tráfico ilícito de drogas.

Por oportuno, transcrevo trecho da inicial acusatória (fl. 84):

No dia 10 de julho de 2007, por volta de 08:00hs, policiais militares se deslocaram até o Complexo do Salgueiro, a fim de averiguarem denúncia no sentido de que os traficantes “Mata Rindo” e “Totó”, que controlavam o tráfico ilícito de entorpecentes no Complexo do Alemão, teriam lá se inimizado.

Ao se aproximarem da casa nº 1 do nº 2638 na rua Andréia Gabriel, bairro Salgueiro, nesta comarca, local onde estariam escondidos os referidos elementos, foram atendidos pela moradora Ana Cláudia da Silva, a qual franqueou-lhes o acesso à residência, onde foi encontrado o denunciado. Em seguida, este indicou onde estava escondida sua arma, uma pistola calibre 9mm, marca Taurus, municiada com sete munições do mesmo calibre, que foi apreendida (fls. 09), além de uma granada AA4.

Em buscas no local, encontraram, ainda, 45 (quarenta e cinco) invólucros plásticos transparentes contendo erva seca picada. Submetida a substância a laudo prévio (fls. 14), constatou-se que se tratavam de 101g (cento e um gramas) de Cannabia Sativa L. vulgarmente conhecida como “maconha”.

Com efeito, da leitura da inicial acusatória é possível verificar que estão ambas as condutas interligadas, sendo certo que a arma de fogo, as munições e a granada, foram localizadas por indicação do próprio paciente e se encontravam no mesmo contexto fático-temporal em que se deu a apreensão da droga, não sendo possível aferir a existência de desígnios autônomos entre as condutas.

Por esta razão deve-se reclassificar a conduta do artigo 16, parágrafo único, inciso III da Lei nº 10.826/2003 para aquela descrita como majorante e prevista na Lei de Drogas, especificamente no artigo 40, inciso IV, acolhendo-se a pretensão defensiva, no ponto.

Ressalte-se que a reclassificação do fato não demanda incursão aprofundada no conjunto probatório, providência esta incompatível com a via estreita do **writ**, mas sim apenas de se dar nova definição jurídica aos fatos expostos na denúncia, diversa da capitulação nela inserida, dentro das circunstâncias postas na peça acusatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É certo, todavia, que a unificação de penas por meio do reconhecimento do concurso formal, ou da figura do crime único, porém majorado, em detrimento do concurso material de crimes, merece tratamento de equilíbrio, para se averiguar o real benefício trazido ao condenado.

Aos condenados a delitos hediondos, o legislador conferiu tratamento mais rigoroso, se comparado aos crimes não hediondos, que se sujeitam a tratamento mais favorável nas concessões dos benefícios penais.

Nessa hipótese, deve o julgador, quando da fixação da reprimenda, verificar caso a caso e ponderar qual seria a situação mais benéfica ao condenado.

No entanto, em sede de **habeas corpus** entendo não ser possível proceder a essa análise, impondo-se a absorção do crime definido no Estatuto do Desarmamento à conduta descrita como majorante e prevista na Lei de Drogas, especificamente no artigo 40, inciso IV, acolhendo-se a pretensão defensiva, tal como pleiteado pelo impetrante.

Noutro vértice, cabe lembrar que o **quantum** de incidência das causas especiais de aumento previstas no art. 40 da Lei nº 11.343/2006 foi estipulado entre os percentuais de 1/6 a 2/3, cabendo ao julgador definir o critério de majoração de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

No caso concreto, considerando a apreensão de uma pistola calibre 9mm, marca Taurus, municiada com sete munições do mesmo calibre, bem ainda de uma granada AA4, entendo por razoável fixar o **quantum** de majoração no patamar de 1/3 (um terço).

Tecidas todas essas considerações, passo, então, ao redimensionamento da reprimenda.

Na primeira fase de dosimetria da pena, deve ser mantida a pena-base fixada pelo Juízo monocrático ao crime de tráfico de drogas, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Em razão da causa de aumento referente ao cometimento do crime de tráfico de drogas com emprego de arma de fogo, elevo a reprimenda em 1/3, a teor do art. 40, IV, da Lei nº 11.343/2006, ficando a sanção definitiva estabelecida em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, quanto ao pedido de que seja fixado regime mais brando para o desconto da sanção imposta ao paciente, tenho que não assiste razão ao impetrante.

Nada obstante seja previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, o certo é que a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, nas penas inferiores a 4 anos de reclusão, entendo ser razoável a adequação do regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, na forma dos precedentes deste Tribunal.

De toda sorte, no caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 anos (diga-se, 6 anos e 8 meses de reclusão), o regime mais rigoroso se torna adequado, levando em consideração as circunstâncias do crime, que envolvem a apreensão de uma pistola municiada e de uma granada - artefato de alto poder de intimidação e destruição -, que revela nítido traço de organização e de outras atividades criminosas.

Ademais, tenho entendido que, aquele que possui arma de fogo atua com extrema ousadia e periculosidade, estando disposto a “matar ou morrer”, o que torna a circunstância da infração mais grave, sendo o regime fechado o mais adequado.

Não destoia desse entendimento a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.*

6. *Ordem denegada. (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011)*

Diante de todo o exposto, concedo parcialmente a ordem para reclassificar a conduta do paciente para a do art. 33, **caput**, c/c o art. 40, IV, ambos da Lei nº 11.343/2006, tendo por absorvida a figura autônoma contida na lei de armas, fixando a pena do paciente em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0144164-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 181.400 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070040888013 200905001230

EM MESA

JULGADO: 17/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : CARLOS ALAN FARIA SARRE

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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