

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 521.388 - RJ (2019/0205023-2)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : RONALDO ORLOWSKI - RJ087506
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : IGOR DE OLIVEIRA SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de IGOR DE OLIVEIRA SOUZA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, nos autos da apelação criminal n. 0034519-61.2017.8.19.0014.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso nas penas dos art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006 e art. 16, da Lei nº 10.826/2003, c/c art. 69, do Código Penal, às penas de 8 anos de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 510 dias-multa (fls. 18-23).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento a ambos os apelos, em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO DEFENSIVA. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS E POR POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 E ART. 16 DA LEI Nº 10.826/2003, N/F DO ART. 69, DO CÓDIGO PENAL). PENA DE 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO E 510 (QUINHENTOS E DEZ) DIAS-MULTA. REGIME FECHADO. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE REQUER A

Superior Tribunal de Justiça

CONDENAÇÃO TAMBÉM PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEFESA QUE REQUER A ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ALTERNATIVAMENTE, REQUER A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º, DO ART. 33, DA LEI ANTIDROGAS, BEM COMO A DESCONSIDERAÇÃO DO DELITO AUTÔNOMO DE POSSE DE ARMA DE FOGO.

Provas inequívocas quanto à autoria e materialidade dos delitos. Circunstâncias das prisões e apreensões, após os policiais receberem denúncia anônima, descrevendo quem e como era o modo de venda de drogas, pelo acusado, os quais rumaram para o local e lá se depararam com o acusado saindo da residência. Ao ser abordado pelos policiais, confessou que tinha drogas e arma no local, apontando o lugar em que as guardava.

Quantidade e forma de acondicionamento da droga que dão respaldo ao édito condenatório: Trata-se de 78 pequenos tabletes de erva seca prensada envolvidos em plástico filme presos à etiqueta com inscrição “A BRABA DOS CRIAS C.V. GESTÃO INTELIGENTE” e 64,5 gramas; 575 sacolés transparentes fechados por grampo metálico junto à etiqueta com as inscrições “CHEIROU PANCOU Pó DE 10 C.V., contendo pó branco (489,1 gramas), consoante o Laudo de Exame Entorpecente. Identificação do material: MACONHA total (64,5g), COCAÍNA (489,1g). Não aplicação do tráfico privilegiado. Depoimentos dos policiais militares que efetuaram as prisões em flagrante uníssonos e harmônicos entre si. Enunciado nº 70 do TJERJ. Quanto ao recurso ministerial, entendo que não lhe assiste razão, uma vez que não restou comprovado o vínculo subjetivo e tampouco a estabilidade entre o acusado e a Organização Criminosa que controla o tráfico local, até porque foram os próprios policiais quem afirmaram que não conheciam anteriormente o mesmo. RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO QUE SE CONHECEM E QUE, NO MÉRITO, NEGA-SE PROVIMENTO” (fl.24).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na condenação pelo crime de porte arma de fogo, quando deveria ter sido reconhecida a causa de aumento de pena prevista no inciso IV do art. 40 da Lei n. 11.343/06.

Para tanto, sustenta, que a arma apreendida juntamente com as drogas estava sendo utilizada no mesmo contexto fático do crime de tráfico de

Superior Tribunal de Justiça

entorpecentes.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja reclassificado o crime imputado ao paciente para o delito previsto no art. 33, **caput**, c/c art. 40, inciso IV, ambos da Lei n. 11.343/06, absolvendo-o do crime autônomo do art. 16, da Lei n. 10.826/2003.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 59-62.

O Ministério Público Federal, às fls. 68-73, manifestou-se pela concessão da ordem, em parecer assim ementado:

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DO DELITO AUTÔNOMO DE POSSE DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, IV, DA LEI DE DROGAS – EMPREGO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO MAIS BENÉFICA AO RÉU. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.
PELA CONCESSÃO DA ORDEM" (fl. 68).*

É o relatório.

Decido.

A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte

Superior Tribunal de Justiça

alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel.^a. Min.^a. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel.^a. Min.^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

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, **caput**, 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 (grifei):

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 (fl. 29):

"[...]

Ademais, decerto, restou configurado o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, uma vez que enquanto o acusado apontava para os policiais militares onde se encontrava a droga, estes encontraram ainda uma Pistola Taurus, PT 809, 9mm Luger, consoante descreve o Laudo de Exame de Confronto de Balística. Assim, resta prejudicado o argumento para que seja afastada tal imputação, até porque não há de se falar em desclassificação para a causa de aumento do art. 40, inc. IV, da Lei Antidrogas, visto que não portava de forma ostensiva como exige o tipo penal.

Como se percebe, a prova não é frágil, ao revés, oferece supedâneo coeso à expedição do édito condenatório tal como proferido pelo Juízo a quo.

[...]"

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*

Superior Tribunal de Justiça

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.

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 (com numeração suprimida), não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no acórdão impugnado no ponto em que reconheceu a condenação do paciente por ambos os delitos, não procedendo à 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. CONDUTAS 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

Superior Tribunal de Justiça

o narcotráfico, constituindo, pois, delito autônomo.

[...]

(HC n. 159.723/RJ, **Quinta Turma**, Ministro **Jorge Mussi**, 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, 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).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator