

17/06/2008

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 91.350-4 SÃO PAULO**

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE  
PACIENTE(S) : DAVOS COSTA DA SILVA  
IMPETRANTE(S) : JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA  
E OUTRO(A/S)  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*.  
NULIDADE DO PROCESSO. PROVA ILÍCITA. NULIDADE DA FIXAÇÃO DA  
PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. DENEGAÇÃO.

1. Três são as questões de direito tratadas neste *writ*, consoante as teses expostas pelos impetrantes na petição inicial: a) invalidade do processo em razão das provas ilícitas (*buscas domiciliares ilegais*); b) nulidade da fixação da pena-base pelo crime de porte ilegal de armas em 3 (três) anos de reclusão; c) indispensabilidade da fixação do regime aberto para início de cumprimento da pena pelo crime de porte ilegal de armas.

2. A representação de busca domiciliar se baseou em fundadas razões que autorizavam a apreensão de armas e munições, instrumentos utilizados para a prática de crime ou destinados a fim delituoso, a apreensão de documentos considerados elementos de convicção (CPP, art. 240, § 1º, *d e h*).

3. Não houve medida de busca e apreensão provocada tão somente por *denúncia anônima*, diversamente do que sustentam os impetrantes, mas baseada em elementos de convicção colhidos durante inquérito policial instaurado pela autoridade policial.

4. Legitimidade, legalidade e regularidade das buscas domiciliares levadas a efeito no caso, baseadas em elementos de convicção suficientes a ensejar a aplicação do art. 240, do Código de Processo Penal.

5. O juiz de direito encampou totalmente os motivos apontados pelo delegado de polícia para fundamentar a decisão deferitória da busca.

6. Contudo, ainda que não fosse por tal motivo – e eventualmente admitindo-se possível omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato nas buscas domiciliares (CPP,

**HC 91.350 / SP**

art. 564, IV), não houve argüição da alegada nulidade em tempo oportuno (CPP, arts. 571, II, e 572, I), ocasionando a preclusão.

7. A regra do art. 59, do Código Penal, contempla oito circunstâncias judiciais que devem ser consideradas pelo juiz sentenciante na fixação da pena-base (CP, art. 68). Relativamente ao paciente, o magistrado considerou a existência de uma grande quantidade de armas apreendidas.

8. O fato de, no bojo do voto do relator do STJ, haver sido consignada a primariedade do paciente, não se revela suficiente para desconsiderar as circunstâncias expressamente consignadas na sentença. Art. 33, § 3º, do Código Penal, considera a necessidade da valoração das circunstâncias judiciais para fins de estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena corporal.

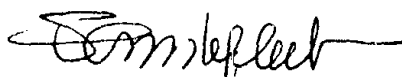
9. O paciente também foi condenado à pena privativa de liberdade pelos crimes de tráfico ilícito de substância entorpecente e associação para fins de tráfico (arts. 12 e 14, da Lei nº 6.368/76), devendo haver a soma das penas privativas de liberdade para que seja possível a estipulação do regime de cumprimento da pena corporal, com base na regra do *caput*, do art. 69, do Código Penal, ou seja, o concurso material de crimes.

10. *Habeas corpus* denegado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 17 de junho de 2008.



Ellen Gracie

- Relatora e Presidente

10/06/2008

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 91.350-4 SÃO PAULO**

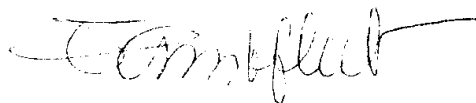
RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE  
PACIENTE(S) : DAVOS COSTA DA SILVA  
IMPETRANTE(S) : JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA  
E OUTRO(A/S)  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**ADIAMENTO**

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) - Senhor Presidente, submeto este caso à Turma, pois havia-me sido solicitado, pelo impetrante, o adiamento do julgamento o qual indeferi, porque o requerimento dizia, apenas, do interesse desse causídico de fazer chegar aos ilustres Colegas um memorial. Pareceu-me que isso não era motivação, dado o grande interesse do próprio paciente em ver, de pronto, julgado o seu *habeas corpus*.

No entanto, na data de hoje, reiteram os impetrantes esse pedido de adiamento, justificando-o e trazendo documentos comprovando que dois deles estarão ocupados numa Comissão Parlamentar de Inquérito para acompanhar pessoas que lá prestarão depoimento. E o terceiro, a oitiva de testemunhas junto ao Juízo de Direito da 31ª Vara Criminal de São Paulo.

Diante disso, excepcionalmente, adiarei, por uma sessão, o julgamento deste feito.



**SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 91.350-4**

PROCED.: SÃO PAULO

**RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE**

PACTE.(S): DAVOS COSTA DA SILVA

IMPTE.(S): JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** O feito **foi apresentado** em mesa para julgamento pela Relatora que, **atendendo** pedido formulado pelos impetrantes, **adiou**, por uma sessão, o julgamento da presente causa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 10.06.2008.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede.  
Coordenador

17/06/2008

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 91.350-4 SÃO PAULO**

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE  
PACIENTE(S) : DAVOS COSTA DA SILVA  
IMPETRANTE(S) : JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA  
E OUTRO(A/S)  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RELATÓRIO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra ato da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do HC nº 59.670-SP, concedeu em parte a ordem, em acórdão assim ementado (fl. 21):

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMAS. BUSCA DOMICILIAR. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. REGIME PRISIONAL.*

*I – Não há ilegalidade na busca domiciliar decorrente de ordem judicial suficientemente fundamentada e embasada na própria prisão em flagrante do paciente por crime de porte ilegal de arma, bem como em denúncia anônima no sentido de que possuía inúmeras armas não registradas e veículos adulterados em sua residência, além do fato de já possuir condenação por crime de tráfico de entorpecentes.*

*II – No caso em tela, o Juízo que determinou a medida da busca domiciliar (Juízo de Araçatuba) não era incompetente para tanto, uma vez que o caso era investigado pela Delegacia de Investigações Gerais de Araçatuba, cidade, inclusive, da residência a ser diligenciada. E, ainda que assim não fosse, tratando-se de competência em razão do território, competência, esta, relativa, eventual alegação de incompetência deve ser feita*

HC 91.350 / SP

*oportunamente, sob pena de preclusão (Precedentes).*

*III – Para efeito de apreciação em sede de writ, a decisão condenatória reprochada está suficientemente fundamentada, uma vez que, não obstante tenha estabelecido a pena-base acima do mínimo legal, o fez com a devida fundamentação.*

*IV – Sendo o paciente primário, desfavoráveis as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) na fixação da pena-base, e definida a sanção em patamar inferior a 4 (quatro) anos, é apropriado, a princípio, o regime prisional semi-aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (Precedentes).*

*Writ parcialmente concedido”.*

Argumentam, os impetrantes, que o paciente foi condenado em ação penal eivada de nulidades, o que motivou a impetração de *writ* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, posteriormente, novo *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. Vários foram os pontos argüidos: a) nulidade do processo por vício de citação do paciente; b) nulidade da sentença em razão do uso de provas ilícitas; c) nulidade da fixação da pena-base nos crimes de tráfico de entorpecente, associação para fins de tráfico e porte de arma; d) afastamento da Lei nº 8.072/90 quanto aos crimes de associação e porte de arma; e) afastamento do concurso formal em relação ao crime de porte de armas; f) indevida fixação do regime inicial fechado para o crime de porte ilegal de armas.

O STJ, no julgamento do HC nº 44.829-SP, afastou a incidência da Lei nº 8.072/90 em relação ao crime de associação para fins de tráfico de entorpecente, da mesma forma não reconheceu a existência de concurso formal entre os crimes previstos no art. 10, *caput*, e § 2º, da Lei nº 9.437/97, determinando que a Corte estadual se manifestasse a respeito das alegações de ilicitude das provas, bem como acerca da nova dosimetria da pena pelo crime de porte de arma com a fixação de novo regime prisional.

HC 91.350 / SP

Esclarecem que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em seguida, concedeu em parte a ordem para estabelecer a pena pelo crime de porte ilegal de arma em 3 (três) anos, em regime inicial fechado, desconsiderando a alegação de ilicitude da prova. Novo *writ* foi aforado perante o STJ (de nº 59.670-SP) que concedeu parcialmente a ordem para apenas alterar o regime inicial para semi-aberto, mantendo o restante do julgado da Corte estadual.

Apresentam, assim, as três questões deste *habeas*: a) invalidade do processo em razão das provas ilícitas (*buscas domiciliares ilegais*); b) nulidade da fixação da pena-base pelo crime de porte ilegal de armas em 3 (três) anos de reclusão; c) indispensabilidade da fixação do regime aberto para início de cumprimento da pena pelo crime de porte ilegal de armas.

Informam que o paciente e outras duas pessoas foram presas por suposto envolvimento com o tráfico de drogas, sendo que houve citação editalícia realizada de modo inválido e buscas domiciliares ilegalmente praticadas, resultando numa injusta condenação. Pouco depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, o paciente foi preso, iniciando o cumprimento da pena fixada em mais de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão.

Aduzem que o paciente foi condenado com base em provas ilícitas, eis que obtidas em diligências de busca e apreensão realizadas na residência do paciente sem que houvesse razão para tanto, além de terem sido determinadas por juiz incompetente em decisões desprovidas de fundamentação. As buscas não atentaram para o disposto no art. 240, do Código de Processo Penal, violando o art. 5º, LVI, da Constituição Federal. A primeira busca se baseou em “denúncia anônima” e nos antecedentes do paciente. A segunda busca foi determinada por juiz incompetente (da Vara Criminal de Araçatuba), apesar da autoridade policial haver indicado como fundamento o decreto prisional expedido pelo juiz da Comarca de General Salgado.

Observam, ainda, que não houve fundamentação das decisões que ordenaram as buscas e apreensões (CF, art. 93, IX),

**HC 91.350 / SP**

razão pela qual deve ser declarada a nulidade da sentença condenatória e o desentranhamento das provas ilícitas.

Esclarecem, também, que a Corte estadual, contrariando o art. 59, do Código Penal, elevou a pena-base sem analisar as circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso. O STJ manteve o *quantum* da pena corporal imposta por violação ao art. 10, da Lei nº 9.437/97, apesar de haver alterado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade em razão da primariedade do paciente. Não houve fundamentação para a fixação da pena muito acima do mínimo legal.

Finalmente, argumentam que houve contrariedade ao art. 33, do Código Penal, eis que também não houve fundamentação idônea do STJ para imposição do regime semi-aberto, causando constrangimento ilegal ao paciente.

Assim, requerem a concessão da ordem para: a) o decreto de nulidade da sentença em razão do uso de provas ilícitas; ou b) nulidade da fixação da pena-base no crime de porte ilegal de arma; c) a fixação do regime inicial de cumprimento da pena pelo crime de porte ilegal no regime aberto. Desse modo, com a anulação da sentença, requerem a soltura do paciente.

2. Manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido da denegação do *writ* (fls. 48/51).

3. Requerimentos de intimação do impetrante quanto à data de sessão de julgamento (fls. 53, 58 e 61).

É o relatório.





HC 91.350 / SP

**VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. Três são as questões de direito tratadas neste *writ*, consoante as teses expostas pelos impetrantes na petição inicial: a) invalidade do processo em razão das provas ilícitas (*buscas domiciliares ilegais*); b) nulidade da fixação da pena-base pelo crime de porte ilegal de armas em 3 (três) anos de reclusão; c) indispensabilidade da fixação do regime aberto para início de cumprimento da pena pelo crime de porte ilegal de armas.

Outras questões foram analisadas e julgadas no HC nº 44.829/SP, relatado pelo Min. Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça e, portanto, não estão submetidas ao presente julgamento.

2. Como já procedi em relação ao voto do HC nº 87.025-2, da leitura das peças dos autos, considero conveniente destacar algumas que permitirão traçar o quadro mais concreto acerca das alegações e teses apresentadas pelos impetrantes nesta ação mandamental.

Inicialmente, da leitura da denúncia, transcrevo os seguintes trechos (fls. 31/36, do apenso 1):

*“Consta do incluso inquérito policial que, no dia 18 de agosto de 2000, por volta das 16 horas e 30 minutos, no Sítio Santa Maria, Município de São João de Iracema, desta Comarca, referidos denunciados foram surpreendidos praticando as seguintes condutas delituosas:*

*1) tinham em depósito, para fins de comércio ilícito, o seguinte: a) 159,130 Kg (...) também conhecida por COCAÍNA, (...) a qual estava acondicionada em 26 (vinte e seis) sacos plásticos pretos, fechados com fita adesiva parda; b) 115,130 Kg (...) também conhecida por COCAÍNA, (...), a qual estava prensada em formato de tijolo, no total de 114 (cento e quatorze), envoltos por fita crepe parda; c) 14,885 Kg (...) também conhecida por*

HC 91.350 / SP

*COCAÍNA (...), a qual estava prensada em formato de tijolo, no total de 15 (quinze) envoltos em plástico transparente; d) 73,995 Kg (...) também conhecida por COCAÍNA (...), a qual estava acondicionada em 75 (setenta e cinco) sacos plásticos, fechados com fita adesiva parda; e e) 5,160 Kg (...) também conhecida por COCAÍNA, (...) a qual estava acondicionada em 26 (vinte e seis) sacos plásticos pretos, fechados com fita adesiva parda. Referidas substâncias são entorpecentes, proscritas em Território Nacional, e, seu uso provoca o aparecimento de dependência, conforme atestou o laudo de exame químico toxicológico nº 1.376/00.*

*2) tinham em depósito o seguinte: a) 14,185 (...) de uma mistura de xylocaina (também conhecida como lidocaína) e cafeína cristalina (...); b) 416 kg (...) de uma mistura de xylocaina (também conhecida como lidocaína) e cafeína, na forma de pó branco; c) 90 litros de álcool etílico (...); d) 120 litros de ácido clorídrico (...); e) 90 litros de ácido sulfúrico (...); f) 200 litros de éter (...); g) 200 litros de acetona, (...). Referidos produtos constituem-se em matérias-primas destinadas à preparação da substância entorpecente BENZOILMETILECONINA, também conhecida por COCAÍNA, alcalóide natural, (...), que era destinada ao tráfico ilícito.*

*3) utilizavam o imóvel rural denominado Sítio Santa Maria, do qual tinham, no mínimo, a posse e administração, para uso indevido, ou seja, a preparação e o armazenamento da substância entorpecente (...).*

*4) possuíam: a) maquinismo (...); b) aparelho (...); c) outros objetos (...). Referidos objetos eram destinados à fabricação, preparação, produção e transformação da substância entorpecente (...).*

*5) associaram-se os quatro denunciados para o fim de praticarem, reiteradamente, os crimes descritos nos artigos 12 e 13 da Lei nº 6.368/76, ou*

HC 91.350 / SP

seja, os mencionados nos itens “1” a “4” desta denúncia.

6) possuíam: a) uma escopeta, marca ‘FRANCHE SPA – BRESCIA (...); b) uma escopeta marca ‘MAVERICK – USA” (...). As armas eram de uso permitido, contudo, agiram os denunciados sem a autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

7) possuíam: um revólver, marca ‘RUGER SPEED – SIZ (USA, (...); b) um rifle automático, usado, marca ‘COLT’, versão ‘AR-15’ (...), e c) uma pistola, marca ‘COBRAY (USA) (...). Referidas armas são de uso proibido.

(...)”

3. A primeira questão diz respeito às diligências de busca e apreensão realizadas por ordem judicial, a saber, decisões do juiz de direito da Vara Criminal da Comarca de Araçatuba.

Há, nos autos, notícia da instauração de inquérito policial em Araçatuba em 19.06.2000, diante da localização de substâncias entorpecentes (fls. 151/152, do apenso 3). No dia 19.08.2000, houve a prisão de dois indivíduos por suposta prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecente, associação para fins de tráfico e porte ilegal de armas, sendo lavrado auto de prisão em flagrante em Araçatuba (fls. 11/22, do apenso 3). Naquele mesmo dia, o juiz de plantão, na Comarca de Araçatuba, acolheu a representação da autoridade policial para decretar a prisão temporária do paciente (fls. 30/31, do apenso 3). Em razão de decisão do juiz de direito de Araçatuba, houve cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência do paciente, ocasião em que houve a apreensão de certa quantidade de munição, sendo que, em razão da localização de documentos em nome de outra pessoa na residência do paciente, nova diligência de busca e apreensão foi realizada no dia 22.08.2000 com a apreensão de vários outros documentos.

No julgamento do *habeas corpus*, o Tribunal de Justiça de São Paulo assentou o seguinte (fls. 25/26):

HC 91.350 / SP

*“Não vislumbro ilegalidade alguma a macular as buscas domiciliares que foram realizadas.*

*A uma, porque a autorização para se proceder a busca e apreensão está devidamente fundamentada, embasada na prisão em flagrante delito do paciente e na denúncia recebida.*

*Conforme o artigo 240 do CPP a busca domiciliar será autorizada sempre que existirem fundadas razões para ‘apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso’. O fato de ter sido o paciente preso em flagrante, reforçada pela denúncia anônima já autoriza a busca domiciliar de forma a torná-la legal e necessária.*

*Assim, o pressuposto essencial para a autorização da busca estava demonstrado. A autoridade dispunha dos elementos informativos necessários para que acreditasse estar presente a situação legal legitimadora da sua atuação.*

*A duas, porque o Juízo que autorizou a busca e apreensão domiciliar não era incompetente para tanto. A Delegacia de Investigações Gerais de Araçatuba era que investigava o caso. O pedido de busca foi formulado junto ao Juízo de Direito da Comarca de Araçatuba e a residência do paciente a ser diligenciada, também, ficava em Araçatuba. Desta forma, o Juízo não se mostra incompetente. Ademais, caso estivesse configurada a incompetência do Juízo, esta não geraria a nulidade pretendida uma vez que se trata de incompetência territorial, que é relativa, possível de ser prorrogada.*

*Portanto, não há como se inquinare de ilícitas as provas obtidas”.*

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o HC nº 59.670-SP, considerou não haver qualquer vício nas buscas domiciliares, eis que decorrentes de ordem judicial, suficientemente

**HC 91.350 / SP**

fundamentada, inclusive em razão da prisão do paciente por crime de porte ilegal de arma e de “*denúncia anônima*” acerca da existência de várias armas não registradas e veículos adulterados na sua residência (fl. 26). A segunda busca domiciliar também teria se legitimado e justificado, por força da localização de documentos em nome de terceiro que poderia ter envolvimento na organização criminosa, além da descoberta de refinaria de substância entorpecente.

4. Registro que a autoridade policial de Araçatuba realizava atividade de investigação acerca de fatos que apontavam o envolvimento do paciente Davos e, por isso, a representação de busca domiciliar se baseou em fundadas razões que autorizavam a apreensão de armas e munições, instrumentos utilizados para a prática de crime ou destinados a fim delituoso, a apreensão de documentos considerados elementos de convicção (CPP, art. 240, § 1º, *d e h*).

Não houve medida de busca e apreensão provocada tão somente por *denúncia anônima*, diversamente do que sustentam os impetrantes, mas baseada em elementos de convicção colhidos durante inquérito policial instaurado pela autoridade policial lotada em Araçatuba.

Após o cumprimento da diligência realizada no dia 18.08.2000, nova busca domiciliar foi determinada pelo magistrado de Araçatuba (fl. 803, do apenso 4), ainda relacionadas às investigações que até então eram realizadas pelos policiais civis de Araçatuba.

5. Anoto que os pacientes não apresentaram cópia integral dos autos referentes à ação penal a que respondeu o paciente e, por isso, há peças faltantes que não permitem, por exemplo, verificar alguns possíveis pronunciamentos do órgão de atuação do Ministério Público em 1º grau a respeito das medidas adotadas pelo juiz de direito de Araçatuba.

Contudo, mesmo com os elementos apresentados neste *writ*, é perfeitamente possível alcançar-se a conclusão da

HC 91.350 / SP

legitimidade, legalidade e regularidade das buscas domiciliares levadas a efeito no caso, baseadas em elementos de convicção suficientes a ensejar a aplicação do art. 240, do Código de Processo Penal.

6. Observo, ainda, que mesmo a segunda ordem judicial de busca domiciliar (fl. 803, do apenso 4) se reveste dos pressupostos legais para a regular realização da busca domiciliar. A autoridade policial expôs, de maneira clara e com base em fatos concretos, as razões pelas quais era necessária nova ordem judicial de busca domiciliar, e ao decidir resumidamente – com os termos “*defiro, servindo o presente de mandado*” -, o juiz de direito encampou totalmente os motivos apontados pelo delegado de polícia para fundamentar a decisão deferitória da busca.

7. Contudo, ainda que não fosse por tal motivo – e eventualmente admitindo-se possível omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato nas buscas domiciliares (CPP, art. 564, IV) -, como bem acentuou a Corte estadual e o Superior Tribunal de Justiça, não houve argüição da alegada nulidade em tempo oportuno (CPP, arts. 571, II, e 572, I), ocasionando a preclusão.

Nas palavras do Subprocurador-geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, “não há qualquer vício na medida de busca e apreensão expedida em face do paciente, pois sequer restou comprovada a alegada incompetência do juízo. Por outro lado, ainda que houvesse sido autorizada por juiz territorialmente incompetente, a medida convola-se em válida, se não impugnada a tempo, fazendo prorrogar a competência do juiz relativamente incompetente” (fl. 49).

8. A segunda questão levantada – referente à dosimetria da pena referente ao crime de porte ilegal de armas -, assim foi decidido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (fl. 28):

*“Em relação à dosimetria da pena, melhor sorte não assiste ao impetrante, uma vez que o pequeno acréscimo (1 ano) se deve à grande quantidade de armas apreendidas, consoante*

HC 91.350 / SP

*consignado na r. sentença condenatória e no v. acórdão vregastado (...)”.*

Na sentença condenatória, o juiz de direito expressamente se referiu à quantidade de armas apreendidas para, com base no art. 59, do Código Penal, estabelecer a pena-base em 3 (três) anos de reclusão, o que foi aumentado em fase posterior da dosimetria da pena em 6 (seis) meses (CP, art. 70).

9. A regra do art. 59, do Código Penal, contempla oito circunstâncias judiciais que devem ser consideradas pelo juiz sentenciante na fixação da pena-base (CP, art. 68). Relativamente ao paciente, o magistrado considerou a existência de uma grande quantidade de armas apreendidas.

As circunstâncias do crime são os elementos acidentais não integrantes da estrutura do tipo penal, embora envolvam o crime. Noto que, como salientado na sentença, a significativa quantidade de armas representa a noção de circunstâncias do crime, a evidenciar a conveniência da estipulação da pena corporal em pena acima do mínimo legal. E, em relação à fundamentação dos crimes dos arts. 12 e 14, da Lei nº 6.368/76, o próprio magistrado registrou a existência de maus antecedentes criminais.

Concluo, assim, no sentido de que basta que uma das circunstâncias judiciais seja desfavorável para que a pena-base não mais possa ficar no patamar mínimo (HC 76.196-GO, 2ª Turma, rel. Maurício Correa, DJ 29.09.1998).

10. Resta, tão-somente, a terceira questão, relativa à fixação do regime inicial semi-aberto em decorrência do crime previsto no art. 10, da Lei nº 9.437/97. A esse respeito, registro que nenhum reparo merece o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, levando em conta a existência de circunstâncias judiciais negativas.

O fato de, no bojo do voto do relator do STJ, haver sido consignada a primariedade do paciente, não se revela suficiente para desconsiderar as circunstâncias expressamente consignadas na

HC 91.350 / SP


sentença. A regra contida no art. 33, § 3º, do Código Penal, considera a necessidade da consideração das circunstâncias judiciais para fins de estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena corporal.

11. Ademais, consigno que o paciente também foi condenado à pena privativa de liberdade pelos crimes de tráfico ilícito de substância entorpecente e associação para fins de tráfico (arts. 12 e 14, da Lei nº 6.368/76), devendo haver a soma das penas privativas de liberdade para que seja possível a estipulação do regime de cumprimento da pena corporal, com base na regra do *caput*, do art. 69, do Código Penal, ou seja, o concurso material de crimes.

Assim, com a devida vênua do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC nº 59.670-SP, a rigor a hipótese não seria de estabelecer regime semi-aberto, eis que as penas referentes aos três crimes devem ser somadas para fins de fixação do regime de cumprimento da pena corporal. Contudo, como não é possível reverter o julgamento do STJ neste particular na estreita via do *habeas corpus*, deve ser mantido o julgamento, inclusive no que se refere ao regime semi-aberto. Desse modo, não houve violação ao disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, eis que inclusive a soma das penas privativas de liberdade aplicadas redundou em patamar bem superior a 8 (oito) anos de reclusão (CP, art. 33, § 2º, *c*).

12. Ante o exposto, **denego** a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.





17/06/2008

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 91.350-4 SÃO PAULO**

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Senhora Presidente, estou de acordo com o voto de Vossa Excelência, apenas observando que, em dois ou três casos, já tive oportunidade de me manifestar contra a eficácia de denúncias anônimas que não excluem a necessidade de investigação, enfim de diligências. Foi o que aconteceu aqui: a busca e apreensão foi determinada como diligência, por força de denúncia anônima. Não foi tomada nenhuma outra medida de ordem gravosa contra o paciente com base na denúncia anônima.

De modo que, no caso, o único caminho era investigar se a denúncia tinha alguma procedência; e tinha, ao que parece, porque foram apreendidas as armas.

Razão por que também denego a ordem.



17/06/2008

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 91.350-4 SÃO PAULOVOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, acompanho o voto de Vossa Excelência, com as observações feitas pelo Ministro Cezar Peluso, não sem mencionar que a presença do ilustre Advogado é uma daquelas que, quando se verifica, colabora com a produção da Justiça. Bela sustentação!

Denego a ordem.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Também faço as minhas referências ao ilustre Advogado.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

**HABEAS CORPUS 91.350-4**

PROCED.: SÃO PAULO

**RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE**

PACTE.(S): DAVOS COSTA DA SILVA

IMPTE.(S): JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** O feito **foi apresentado** em mesa para julgamento pela Relatora que, **atendendo** pedido formulado pelos impetrantes, **adiou**, por uma sessão, o julgamento da presente causa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 10.06.2008.

**Decisão:** A Turma, a unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Falou, pelo paciente, o Dr. José Luiz Mendes de Oliveira Lima e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mário José Gisi. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. **2ª Turma**, 17.06.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador