

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 104.669 - RJ (2008/0084528-9)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : ALEXANDRE XAVIER DO NASCIMENTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE XAVIER DO NASCIMENTO
RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por ALEXANDRE XAVIER DO NASCIMENTO, a seu favor, denunciado pela prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e porte de armas e artefatos explosivos de uso proibido ou restrito.

Insurge-se o impetrante contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu provimento ao recurso ministerial e provimento parcial ao apelo da defesa, em decisão assim ementada:

"TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE. AGRAVANTES DO INCISO II, DO ARTIGO 18. PRELIMINARES. APELO MINISTERIAL. AGRAVAMENTO DAS PENAS BASE. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. PRECARIEDADE DA PROVA.

Não tendo o réu David se recolhido a prisão, é de ser mantida a decisão de não conhecimento de seu recurso.

tendo o patrono do agente sido intimado da expedição de Carta Precatória para ouvida de testemunha em outra jurisdição, desnecessária a intimação do causídico para a colheita da prova, nos termos do artigo 222, in fine do Código de Processo Penal.

contendo a sentença fundamentação adequada, não há que se falar em nulidade.

Os elementos constantes do processo, a quantidade de entorpecente apreendida, como também a grande quantidade de arma arrecadada autoriza a exasperação das penas bases, nos termos do artigo 59, do Código Penal.

Sendo a prova produzida segura, firme e coerente no sentido de demonstrar a acusação em todos os seus termos, impossível se falar em absolvição.

Demonstrado que os agentes exerciam a posse, simultaneamente, sobre todo o arsenal descrito na peça acusatória, em uma real unidade fática, caracterizado se apresenta crime único.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso ministerial provido e defensivo provido em parte. " (e-STJ fls. 22/23)

Sustenta, em síntese, que está sofrendo constrangimento ilegal diante da ausência de reconhecimento da aplicabilidade do instituto do concurso formal, ao caso concreto, no momento da fixação da pena, o que resultou em sua exasperação indevida.

Alega, ainda, a nulidade da decisão combatida por entender insuficiente a fundamentação adotada pelo Tribunal *a quo* para a exacerbação da pena.

Requer a concessão da ordem para estabelecer a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento do concurso formal nos delitos de porte de arma ou, alternativamente, a anulação do acórdão na parte relativa à fixação da pena.

As informações solicitadas à autoridade apontada como coatora foram prestadas, conforme ofício acostado às e-STJ fls. 70/128:

"Em atenção à solicitação de Vossa Excelência, tenho a honra de informar o que se segue:

O paciente foi condenado pela prática das seguintes condutas:

- artigo 12, com a causa de aumento do artigo 18, inciso II e artigo 14, todos da Lei nº 6.368/76, na forma do artigo 69 do Código Penal - à pena total de 7 (sete) anos de reclusão, em regime integralmente fechado e 116 (cento e dezesseis) dias-multa;

- artigo 10, caput, com a causa de aumento do § 4º da Lei nº 9.437/97 - à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e 15 (quinze) dias-multa;

- artigo 10, § 2º (105 vezes) da Lei nº 9.437/97, n/f artigo 70 do Código Penal, com a causa de aumento do § 4º da Lei nº 9.437/97 - à pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 45 (quarenta e cinco) dias-multa;

- artigo 10, § 3º, inciso III, com a causa de aumento do § 4º, todos da Lei nº 9.437/97, n/f do artigo 70 do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais 34 (trinta e quatro) dias- multa.

Narra à denúncia, em síntese, que o Paciente foi proso em flagrante juntamente com outros três co-réus, no dia 06/07/2000, porque estavam associados de forma estável e permanente para a prática de condutas ilícitas relativas ao transporte, descarregamento e guarda de pouco mais

Superior Tribunal de Justiça

de doze toneladas de Cannabis Sativa L, além de quase uma centena de armas de fogo (pistolas 9 mm, em sua maioria), granadas, pentes sobressalente e munições, tudo apreendido em operação realizada pela Polícia Federal.

Inconformada, a defesa interpôs a Apelação nº 1312/2001, pleiteando, em preliminar, a nulidade da sentença e, no mérito, absolvição, alegando inocência.

Na sessão de 18/03/2004, a E. Sexta Câmara Criminal, por maioria de votos, deu parcial provimento aos recursos defensivos para o fim de reconhecer a existência de crime único com relação à posse de armas e artefatos explosivos, além de dar provimento ao apelo ministerial para majorar as penas-base impostas. Desta forma, em relação ao Paciente, foram aplicadas as seguintes penas finais:

1) artigo 12 da Lei nº 6.368/76 - 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime integralmente fechado e 86 (oitenta e seis) dias-multa;

2) artigo 14 da lei nº 6.368/76 - 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado e 66 (sessenta e seis) dias-multa;

3) artigo 10 da Lei nº 9.437/97 - 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, e 23 (vinte e três) dias-multa;

4) artigo 10, § 2º, da Lei nº 9.437/97 - 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 74 (setenta e quatro) dias-multa.

Em virtude do referido julgamento majoritário, foram opostos os embargos Infringentes e de Nulidade nº 84/2005 que, rejeitados por unanimidade pela E. Sétima Câmara Criminal na sessão de 23/08/2005, deram azo à interposição de recursos excepcionais perante as Cortes Constitucionais.

No dia 09/12/2005, foi prolatada decisão pela E. Terceira Vice-Presidência, obstando o seguimento dos recursos mencionados." (fls. 69 a 72)

O Ministério Público Federal, em parecer da Subprocuradora-Geral da República, Dra. ANA MARIA GUERRERO GUIMARÃES, opinou pela concessão parcial da ordem, para que o Juízo *a quo* afaste a figura do concurso formal e proceda a uma nova dosimetria, atentando, assim, para a circunstância qualificadora do § 2º do art. 10 da Lei 9.437/97 (e- STJ fls. 130/138).

Vieram-me os autos à conclusão, por atribuição, após a minha designação para integrar esta eg. 5ª Turma, em 17.12.10.

Superior Tribunal de Justiça

É o breve relatório.



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 104.669 - RJ (2008/0084528-9)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : ALEXANDRE XAVIER DO NASCIMENTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE XAVIER DO NASCIMENTO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRÁTICA DE CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE DE ARMAS E ARTEFATOS EXPLOSIVOS DE USO PROIBIDO OU RESTRITO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE ARMAMENTO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. PORTE ILEGAL DE ARMA. APREENSÃO DE MAIS DE UMA UNIDADE. CONFIGURAÇÃO DE CRIME ÚNICO.

1. Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte, a grande quantidade de armamento apreendida autoriza a elevação da pena-base no crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.
2. A posse de armas sem ordem legal, bem como de uso proibido, não configura concurso formal de crimes, devendo, na espécie, ser reconhecida a existência de delito único.
3. Ordem parcialmente concedida.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 104.669 - RJ (2008/0084528-9)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : ALEXANDRE XAVIER DO NASCIMENTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE XAVIER DO NASCIMENTO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

O *writ* traz dupla pretensão.

Na primeira, pleiteia-se a aplicação da pena-base no seu mínimo legal.

No caso, o Juiz de primeiro grau e o Tribunal de origem consideraram como desfavoráveis as circunstâncias do crime, apontando elementos concretos para justificar a exasperação, quais sejam, a grande quantidade de armas e artefatos explosivos, bem como de entorpecentes.

Neste enfoque, as sanções impostas ao paciente revelam-se razoáveis, estabelecidas as penas-base um pouco acima do mínimo legal, em razão das desfavoráveis circunstâncias judiciais.

Veja-se, no ponto, a jurisprudência desta Corte Superior no mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI 10.826/03). PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - 4 ANOS E 6 MESES. GRANDE QUANTIDADE DE ARMAMENTO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. RÉ PRIMÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE DO REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A grande quantidade de armamento apreendida autoriza a elevação da pena base com fundamento no dolo intenso (maior reprovabilidade da conduta) no crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

2. Há desproporcionalidade no decreto condenatório que impõe à ré, primária e com apenas uma circunstância judicial desfavorável, regime inicial fechado, que tem como critério quantitativo pena bem mais

Superior Tribunal de Justiça

elevada que a aplicada na hipótese (4 anos e 6 meses de reclusão).

3. Parecer ministerial pela parcial concessão da ordem 4. Ordem parcialmente concedida, apenas para assegurar à paciente o direito ao regime prisional semi-aberto."

(HC 91.300/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 17/03/2008)

"PETIÇÃO RECEBIDA COMO HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N.º 10.826/03. TESE DE INOCÊNCIA QUANTO À PRÁTICA DO DELITO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECARIEDADE DE DEFESA NÃO EVIDENCIADA. DOSIMETRIA DA PENA BASE. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. A apreciação da tese de inocência do ora Paciente, por não ser o possuidor das armas e munições encontradas em sua residência, demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

2. Cerceamento de defesa por deficiência da defesa técnica não evidenciado nos autos.

3. Verifica-se a legalidade na aplicação da pena-base acima do mínimo legal, uma vez que devidamente justificada na presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, extraídas pela grande quantidade de armas e munições apreendidas em poder do ora Paciente, bem como pelo fato de serem destinadas para a utilização de quadrilha especializada na prática de crimes de extorsão mediante seqüestro.

4. Petição recebida como habeas corpus, que fica denegado."

(Pet 5.803/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 16/06/2008)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE E TRANSPORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES E DE ARMA DE FOGO DE USO PROIBIDO E RECEPÇÃO. PENAS ACIMA DO MÍNIMO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO QUE DEMANDARIA APROFUNDADO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA VIA ELEITA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº

Superior Tribunal de Justiça

8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. O habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento.

2. Não há constrangimento ilegal quando a sentença condenatória fixa a pena-base acima do mínimo legal, em razão da grande quantidade de substância entorpecente e munição apreendidas, além de arma de fogo de grosso calibre.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, afastou o óbice à execução progressiva da pena.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida apenas para afastar o óbice à execução progressiva da pena aplicada."

(HC 76.540/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 273)

O segundo ponto de insurgência refere-se à aplicação do concurso formal nos delitos de porte de armas, extirpando-se, como consequência, o acréscimo aplicado à pena.

Depreende-se, na hipótese, que o acórdão recorrido reconheceu a existência de crime único em relação à posse de armas e artefatos explosivos, excluindo a pena do § 3º do art. 10 da Lei 9.437/97, com acréscimo do § 2º, em razão do concurso formal.

É assente na doutrina, como bem explicado pelo parecer Ministerial, que a pena prevista no § 2º do art. 10, caracteriza-se como circunstância qualificadora (arma de fogo ou acessórios de uso proibido ou restrito), afastando, portanto, o concurso formal, que pressupõe uma única ação para a prática de vários crimes.

Com efeito, o entendimento firmado por esta Corte Superior é no sentido de que a posse de armas sem ordem legal, bem como de uso proibido, não configura concurso formal de crimes, devendo, na espécie, ser reconhecida a existência de delito único.

Superior Tribunal de Justiça

Confiram-se os precedentes:

"HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA. APREENSÃO DE MAIS DE UMA UNIDADE. CARACTERIZAÇÃO. CRIME ÚNICO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. AGRAVAMENTO EXACERBADO DO REGIME PRISIONAL EM FACE DA GRAVIDADE DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Conforme entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a apreensão de mais de uma arma em poder do mesmo agente não caracteriza concurso formal de crimes, mas delíto único.

2. Uma vez estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delíto. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida para afastar o concurso formal impróprio e, em consequência, reduzir as penas aplicadas para 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor estabelecido na sentença, e fixar o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais."

(HC 110.800/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/10/2009, DJe 30/11/2009)

"HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE NA POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO E DE ARMA DE FOGO COM O SINAL DE IDENTIFICAÇÃO RASPADO. CONCURSO MATERIAL. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE CRIME ÚNICO. PRECEDENTES DA 5A. TURMA DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, TÃO-SOMENTE PARA RECONHECER A EXISTÊNCIA DE CRIME ÚNICO E FIXAR A PENA DO PACIENTE EM 3 ANOS DE RECLUSÃO E 10 DIAS MULTA, EM REGIME INICIAL ABERTO.

1. Segundo a jurisprudência desta Quinta Turma, o crime de porte de mais de uma arma de fogo, acessório ou munição não configura concurso formal ou material, mas crime único, se no mesmo contexto, porque há uma única ação, com lesão de um único bem jurídico, a segurança coletiva.

2. Ordem concedida, tão-somente para reconhecer a existência de crime único na hipótese e fixar a pena do paciente em 3 anos de

Superior Tribunal de Justiça

reclusão e 10 dias multa, em regime inicial aberto."

(HC 106.233/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 03/08/2009)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGOS 12 E 14 DA LEI Nº 6.368/76, 10, CAPUT E § 2º DA LEI Nº 9.437/97. VÍCIO NA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. NULIDADE DA SENTENÇA BASEADA EM PROVAS ILÍCITAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APREENSÃO DE DIVERSAS ARMAS SEM ORDEM LEGAL E DE USO PROIBIDO. CRIME ÚNICO.

I – Se quando da decretação da revella, o ora paciente já havia, anteriormente, constituído advogado, que o defendeu em toda a instrução processual, tendo inclusive apresentado defesa prévia e alegações finais, não ha que se falar em nulidade a ser sanada pela presente via. Ademais, deve-se considerar que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"(art. 563, do CPP).

II – Se a questão relativa à ilicitude de provas que embasaram a denúncia não foi devidamente apreciada pelo e. Tribunal a quo nos termos da impetração, fica esta Corte impedida de examiná-la, sob pena de indevida supressão de instância. (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 motivadamente.

IV – As posses de armas sem ordem legal e de armas de uso proibido não configuram concurso formal de crimes, devendo, na espécie, ser reconhecida a existência de delito único.

IV - O cumprimento da pena em regime integralmente fechado, estatuído no art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 não se estende ao delito previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76, em razão de não ser considerado hediondo. (Precedentes do STJ e do STF).

Ordem parcialmente conhecida, e, nessa extensão, parcialmente concedida para: 1) determinar a remessa dos presentes autos ao e. Tribunal a quo para que se manifeste, como entender de direito, acerca das alegações de ilicitude das provas que embasaram a sentença condenatória; 2) fixar o regime inicial fechado para o delito tipificado no art. 14 da Lei 6.368/76; 3) afastar a incidência do concurso formal quanto aos crimes tipificados no art. 10, caput e § 2º, da Lei 9.437/97,

Superior Tribunal de Justiça

determinado que o e. Tribunal a quo proceda à nova dosimetria da pena relativa ao referido delito, bem como fixe o respectivo regime como entender de direito, estendendo-se, de ofício, o referido benefício aos co-réus do ora paciente."

(HC 44.829/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2005, DJ 03/10/2005, p. 307)

Ante o exposto, concedo, parcialmente, a ordem, para afastar a incidência do concurso formal, determinando que o Tribunal *a quo* proceda à nova dosimetria da pena quanto ao referido delito.

É como voto.

