

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 522.453 - SP (2019/0211704-7)**

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
IMPETRANTE : ANTONIO MARQUES DO NASCIMENTO  
ADVOGADO : ANTONIO MARQUES DO NASCIMENTO - SP414119  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : SIDIVAL DA SILVA  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de SIDIVAL DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000702-53.2018.8.26.0603.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 1 ano e 2 meses de detenção, em regime **aberto**, mais pagamento de 11 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 12, **caput**, da Lei n. 10.829/03 (fls. 366-372).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuuseram apelação perante o Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e proveu parcialmente o recurso ministerial para fixar o regime **semiaberto** para início de cumprimento da pena, e m v. acórdão assim ementado:

*"APELAÇÕES. DEFESA E MINISTÉRIO PÚBLICO. Posse ilegal de armas de fogo de uso permitido. Artigo 12, caput, da Lei n. 10.826/03. Sentença de parcial procedência. Materialidade e autoria devidamente comprovadas pelo conjunto probatório carreado aos autos. Impossibilidade de reconhecimento da alegada atipicidade da conduta. Agente que não devolveu a arma de fogo no período abarcado pela abolição criminis temporária instituída pela Lei nº 10.826/03. Crime de mera conduta e de perigo abstrato. Desnecessidade de efetiva exposição ao risco produzido. Irrelevante o fato de as armas estarem desmuniadas. Dosimetria escoreta. Regime inicial*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*semiaberto mais adequado à espécie, sobretudo em se tratando de reincidente específico. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão de sursis. Sentença reformada em parte. PROVIDO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DESPROVIDO O DA DEFESA" (fl. 443).*

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na condenação do paciente, bem como na fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

Requer, assim, a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido. Subsidiariamente, pugna pela fixação do regime aberto ou com prisão domiciliar.

O pedido liminar foi **indeferido** à fl. 472.

Informações prestadas às fls. 479-480.

O Ministério Público Federal, às fls. 507-509, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

*"HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. ART. 12, CAPUT, DA LEI N. 10.826/03. REGIME SEMIABERTO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP.*

*- A reincidência justifica a imposição do regime mais gravoso.*

*Pelo não conhecimento" (fl. 507).*

É o relatório.

## **Decido.**

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração,

# *Superior Tribunal de Justiça*

ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-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.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> **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.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> **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**.

Quanto ao pleito absolutório, sob o argumento de que houve deturpação e interpretação errônea das provas produzidas, o eg. Tribunal **a quo** entendeu estar presente prova suficiente de **materialidade** e da **autoria** delitiva do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, art. 12, da Lei n. 10.826/03. Destacam-se os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, **in verbis**:

*"O apelante foi condenado porque no dia 12 de maio de 2018, por volta de 1h30min, na Fazenda Santo Antonio, Zona Rural, município de Aracanguá, possuía, no interior de sua residência, um revólver da marca Armi F. Lli T, uma carabina da marca CBC e um rifle da marca Rossi, os três de calibre 22 e com numeração intacta, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.*

*A materialidade e autoria foram sobejamente demonstradas pelo auto de prisão em flagrante (fl. 2); boletim de ocorrência (fls. 8/10); auto de exibição e apreensão (fls. 19/20); laudos periciais (fls.*

*265/266, 269/270, 271/272) e; pela prova oral produzida durante a instrução da persecução penal.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Em juízo o acusado explicou ter herdado as armas que pertenciam ao seu pai. Tentou entregá-las à autoridade policial por mais de uma vez, mas sem sucesso. Jamais as utilizou e tampouco possuía as respectivas munições.*

*Os policiais militares Claunajan Rodrigo dos Santos Tinen e Rodrigo Henrique Sousa Correia, inquiridos sob o crivo do contraditório constitucional, esclareceram que foram solicitados a comparecer à residência do sentenciado porque sua esposa, Miriam de Oliveira, dizia ter sido agredida fisicamente por ele. Confirmaram a apreensão das armas de três armas de fogo naquele local.*

*Miriam de Oliveira, em juízo, reafirmou que as armas encontradas na residência pelos agentes públicos pertenciam ao sentenciado.*

*Diante dos elementos de provas sucintamente expostos acima, tornou-se incontroverso que o acusado possuía as armas de fogo em sua residência, fato que ele sequer negou.*

*Tampouco se cogita da tese de atipicidade da conduta como pretende ver reconhecida a combativa defesa, porque incogitável a aplicação da abolitio criminis temporária, criada pelo artigo 31 da Lei 10.826/2003.*

*O prazo fixado para a aplicação da referida abolitio criminis e consequente extinção da punibilidade do agente, iniciado em 23 de dezembro de 2003, para entrega de arma de fogo, acessórios e munição, à Polícia Federal, pelos proprietários em posse regular ou irregular, sem qualquer implicação jurídica, sofreu diversas dilações. Foi prorrogado sucessivamente até o dia 23 de outubro de 2005, pela Lei 11.191/2005; até o dia 31 de dezembro de 2008, pelo artigo 1º da Lei 11.706/2008; e até o dia 31 de dezembro de 2009, pelo artigo 20 da lei nº 11.922/09.*

*Nesta esteira, verifica-se que o artefato e as munições foram apreendidos na posse do apelante em 12 de maio de 2018; suficiente para o não reconhecimento da extinção de sua punibilidade.*

*Por razões óbvias, o legislador buscou beneficiar aquele que, de boa-fé, entrega a arma de fogo às autoridades, premiando-o com a extinção da punibilidade, e não criar um permissivo legal - e eterno para incentivar a posse irregular de arma de fogo.*

*Transcrevo, por oportuno, orientação dos Colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:*

*[...]*

*Por outro lado, a objetividade jurídica do delito em tela é tutelar a segurança pública e a paz social, não a incolumidade física das pessoas.*

*Transcrevo, por oportuno, orientação dos Colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:*

*[...]*

*Demais disso, anoto que os laudos periciais de fls.*

*265/266, 269/270 e 271/272 concluíram pela aptidão dos artefatos para efetuarem disparos, sendo irrelevante o fato de estarem ou não municiados no momento da conduta.*

*Portanto, a procedência da pretensão punitiva nos termos da r.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*sentença impugnada era de rigor.*

*Passo à análise da dosimetria das penas.*

*Agiu acertadamente o MM. Juiz de Direito ao reconhecer a unidade dos crimes porque estando os artefatos no mesmo sítio ao mesmo tempo, havendo identidade dessas circunstâncias, há lesão a um único bem jurídico.*

*Esta é a lição de Fernando Capez, in Estatuto do Desarmamento Comentários à Lei nº 10.826, de 22-12-2003, p. 94/95, 4ª Edição, 2006, Saraiva: E no caso de ser uma só conduta, envolvendo duas ou mais armas, como no caso do agente surpreendido portando dois revólveres?*

*Como nesse caso houve uma só conduta, o agente responderá por crime único (...).*

*Nesse sentido já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:*

*[...]*

*Na primeira etapa, atento às circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, acertada a fixação da pena-base no piso legal.*

*Na etapa intermediária, escorreito o reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, tirada da condenação definitiva e não depurada nos autos da Ação Penal n. 0005937-62.2015.8.26.0358, bem como o incremento da reprimenda à razão de 1/6 (um sexto).*

*Assim, na 3ª-fase, à minguia de outras modificadoras, fica mantida a sanção penal em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, e no pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor mínimo unitário.*

*No entanto, quanto ao regime para resgate inicial da reprimenda, assiste razão ao Ministério Público.*

*O artigo 33, §2º, alínea “c”, do Código Penal, é inequívoco ao prescrever que somente o condenado não reincidente poderá cumprir pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos em regime inicial aberto, de sorte que se tratando de reincidente ora condenado a pena de detenção, impõe-se a fixação do semiaberto.*

*Finalmente, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão de sursis, ante o não preenchimento dos requisitos legais elencados, respectivamente, nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal” (fls. 444-452).*

**Ademais,** rever este entendimento para absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, **é incompatível com a estreita via do habeas corpus.** Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

# *Superior Tribunal de Justiça*

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU FORAGIDO. NECESSIDADE DE GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]"

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, o paciente encontra-se foragido desde a data dos fatos - maio de 2006 -, o que autoriza sua prisão preventiva, como forma de assegurar a futura aplicação da lei penal.

4. É incabível, na estreita via do habeas corpus, a análise de questões relacionadas à negativa de autoria, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 352.113/PB, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 21/6/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FRAGILIDADE DAS PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA ESTREITA VIA DO WRIT.

1. Existindo nos autos suporte probatório apto a amparar a decisão dos jurados pela condenação do recorrente, não há que falar em decisão manifestamente contrária a prova dos autos.

2. A análise do pleito de absolvição por insuficiência de prova demanda o revolvimento da matéria fático-probatória, inadmissível pela via do writ.

3. Recurso em habeas corpus improvido" (RHC n. 42.526/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 7/3/2016).

**Quanto a regime prisional**, destaco que os requisitos para a imposição do meio aberto, constam no art. 33, § 2º, alínea **c**, e § 3º, do Código

# *Superior Tribunal de Justiça*

Penal, quais sejam, a **ausência de reincidência**, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro), bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na hipótese, sendo o paciente **reincidente** e fixada a pena em **1 ano e 2 meses de detenção**, o regime inicial **semiaberto** é o adequado para o início de cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Desse modo, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo **quantum** de pena imposta justifica-se na **reincidência do paciente**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

*"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO PROPORCIONAL. WRIT NÃO CONHECIDO.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

*2. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.*

*3. Tratando-se de réu reincidente, ao qual foi aplicada reprimenda superior a quatro anos e inferior a oito anos de reclusão, ainda que a pena-base tenha sido estabelecida no mínimo legal, inexistente desproporcionalidade na fixação inicial do regime fechado.*

*4. Writ não conhecido" (HC n. 381.661/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 25/4/2017, grifei).*

# Superior Tribunal de Justiça

"HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, é apropriado o regime inicial fechado, no caso em que a pena resultou em quantum definitivo superior a 4 anos, sendo o paciente reincidente.

4. Ordem denegada" (HC n. 388.016/SP, **Sexta Turma**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/4/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. ROUBO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. REGIME. PACIENTE DIEGO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDENTE. REGIME ADEQUADAMENTE FIXADO. PACIENTE PAULO. PENA-BASE NO MÍNIMO. PRIMARIEDADE. PENA SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS. POSSIBILIDADE DE REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Tendo a penas-base sido fixada no mínimo legal, não há como a atenuante da confissão ter reflexos na pena, em razão da Súmula 231/STJ.

- Em relação ao regime arbitrado, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

- Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.



# *Superior Tribunal de Justiça*

- No caso dos autos, em relação ao paciente **DIEGO**, verifica-se ser inviável arbitrar outro regime que não seja o mais gravoso, porquanto o quantum da pena ficou em 5 anos e 4 meses e o paciente é reincidente. Dessa forma, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, o regime fechado é o adequado ao caso.

- Em relação ao paciente **PAULO**, após fixada a pena-base no mínimo legal, o regime inicial fechado foi determinado sem fundamentação concreta. Portanto, tratando-se de paciente primário, condenado à pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime semiaberto para cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto apenas para o paciente **PAULO**, incumbindo o Juízo das Execuções a análise de aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal para ambos os pacientes" (HC n. 369.370/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/2/2017, grifei).

Quanto ao pleito de **conversão em prisão domiciliar**, verifica-se que não foi objeto de apreciação no Tribunal **a quo**. Assim, a impetração, nesta parte, não deve ser conhecida, sob pena de **supressão de instância**.

Nesse sentido:

**"PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, CRIMES DO SISTEMA NACIONAL DE ARMAS, QUADRILHA E RECEPÇÃO. OMISSÃO EM RELAÇÃO AO PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR. OCORRÊNCIA. MATÉRIA, CONTUDO, NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.**

**I - Os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição e omissão).**

**II - Embora, de fato, omisso quanto ao pleito de prisão domiciliar, verifica-se que tal matéria não foi analisada na instância ordinária, o que impede o exame por este eg. Tribunal Superior, sob pena de restar configurada a indevida**

# *Superior Tribunal de Justiça*

***supressão de instância Embargos acolhidos, contudo, sem modificação do julgado"*** (EDcl no HC n. 313.227/SP, **Quinta turma, Ministro Felix Fischer**, DJe de 12/8/2015, grifei).

Desse modo, 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