

**HABEAS CORPUS Nº 521.143 - SP (2019/0204404-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RUANIE CAMILE LOPES - SP310062  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : WALDIR BARBOSA DA SILVA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WALDIR BARBOSA DA SILVA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 399):

AMEAÇA, DISPARO DE ARMA DE FOGO E PORTE IRREGULAR DE ARMA – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – AFASTAMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS – NÃO ACOLHIMENTO - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS DECORRE DE OBRIGAÇÃO LEGAL – EVENTUAL ISENÇÃO DEVERÁ SER POSTULADA NO JUÍZO DAS EXECUÇÕES - REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 24 dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 14 e 15, ambos da Lei 10.826/2003. Ademais, foi condenado à pena de 1 mês e 16 dias de detenção, em regime inicial aberto, pela prática do delito previsto no art. 147, *caput* c/c. 61, II, *f*, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do crime de ameaça para 1 mês e 10 dias de detenção e a dos demais crimes para 4 anos de reclusão e 20 dias-multa, mantendo, para estes, o regime inicial fechado.

Alega a impetrante que o delito mais grave - disparo de arma de fogo - deve absorver os crimes de porte ilegal de arma de fogo e de ameaça, devendo o paciente, portanto, ser absolvido pela prática dos dois últimos, com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Além disso, afirma que o *quantum* de pena imposto impõe a fixação do regime aberto para o inicial cumprimento da pena de reclusão.

Pretende-se, em liminar, que possa o paciente aguardar em liberdade o julgamento definitivo deste *writ*. No mérito, requer seja o paciente absolvido pela prática dos crimes previstos nos arts. 147 do Código Penal e 14 da Lei n.º 10.826/03, em razão da absorção pelo crime mais grave (disparo de arma de fogo art. 15 da Lei n.º 10.826/03), bem como seja fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da pena de reclusão imposta.

A liminar foi indeferida (fls. 364-365).

As informações foram prestadas (fls. 367-426).

O parecer do Ministério Público Federal foi pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa absolvição do paciente quanto aos crimes previstos nos arts. 147 do Código Penal e 14 da Lei n.º 10.826/03, em razão da absorção pelo crime mais grave (disparo de arma de fogo art. 15 da Lei n.º 10.826/03), bem como seja fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da pena de reclusão imposta.

Quanto à consunção consta do acórdão (fls. 409-410)

**[...] Não há se falar em aplicação do princípio da consunção do crime de porte ilegal de arma pelo de disparo de arma de fogo, vez que as circunstâncias fáticas demonstram que as condutas são autônomas entre si e, inclusive, restaram consumadas em momentos diferentes.**

Como bem salientado pelo nobre Promotor de Justiça, “verifica-se que **o réu foi até o local dos fatos já portando a garrucha nº E227965 de calibre 22, municiada com 02 cartuchos íntegros do mesmo calibre**, além de outros 03 cartuchos íntegros de calibre 22, os quais estavam no interior de seu veículo. **Em seguida e após se desentender com a sua convivente, o réu foi até o seu veículo e pegou um facão para ameaça-la.**

Apenas após a intervenção de Danilo, visando conter o apelante, é que **Waldir foi novamente até o seu veículo e pegou a garrucha municiada e as munições que portava, ocasião em que efetuou o disparo com a referida arma de fogo**, em via pública e nas adjacências de lugar habitado” (sic fls. 259/260).

Não se mostra possível o acolhimento do pleito de reconhecimento da absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo de disparo.

Conforme se verifica da prova dos autos, os crimes foram cometidos em contextos de fato e com finalidades distintas.

Em um primeiro momento, houve utilização para impor à vítima de ameaça maior temor de concretização do mal prometido, e, em relação ao disparo, foi efetuado para intimidar os agentes da força pública, com o propósito de evitar a prisão.

Assim, inviável reconhecer a absorção dessas condutas, cometidas com animus distintos.

A condenação, portanto, era mesmo a única solução admissível.  
[...]

Como se vê, assentou o Órgão julgador de origem que os crimes porte ilegal de arma de fogo e disparo de arma de fogo ocorreram em contextos fáticos diversos, porquanto a arma já estava em seu veículo e apenas após o transcurso de 2 momentos diversos, no decorrer do *iter criminis*, pegou a arma e efetuou o disparo, ou seja, condutas autônomas, não havendo falar-se em absorção de um delito pelo outro.

Nesse mesmo sentido, *mutatis mutandis*, entende esta Corte que *Os tipos penais dos arts. 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento tutelam bens jurídicos distintos, o que torna inviável o reconhecimento do crime único quando o agente é denunciado e condenado por infração a mais de um dispositivo legal* (AgRg no REsp 1497670/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 07/04/2017).

Ademais, *in casu*, concluindo o Órgão do julgador de piso, com apoio no conjunto probatório dos autos, que os crimes de porte e de disparo de arma de fogo não foram praticados no mesmo contexto fático, porquanto se aperfeiçoaram em momentos diversos e com desígnios autônomos, a reversão do julgado implicaria no revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que não é admitido na via estreita do *habeas corpus*. Na mesma vertente, confira-se:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA DE FOGO E DISPARO. CONSUNÇÃO. CONTEXTOS FÁTICOS DISTINTOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Aplica-se o princípio da consunção aos crimes de porte ilegal e de disparo de arma de fogo ocorridos no mesmo contexto fático, quando presente nexo de dependência entre as condutas, considerando-se o porte crime-meio para a execução do disparo de arma de fogo.

**2. Concluindo o Tribunal de origem, com apoio no conjunto probatório dos autos, que os crimes de posse e de disparo de arma de fogo não foram praticados no mesmo contexto fático, porquanto se aperfeiçoaram em momentos diversos e com desígnios autônomos, a reversão do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ.**

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1211409/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO E PORTE DE ARMA DE FOGO. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADAS EM ELEMENTOS QUE

REFOGEM AO TIPO PENAL. CONSUNÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUTONOMIA DAS CONDUTAS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

2. *In casu*, na avaliação das circunstâncias do delito foram consideradas a ameaça feita à filha e à neta da vítima, bem como os disparos efetuados no momento do crime e para as consequências do crime considerou-se o trauma causado nas vítimas.

3. **Consta do acórdão recorrido que o próprio réu declarou que adquiriu a arma em momento anterior ao fato delituoso com a finalidade de defender-se de uma suposta ameaça de policiais e não para cometer o crime em comento. Assim o porte ilegal de arma de fogo decorreu de desígnio autônomo e, para se chegar a qualquer conclusão em sentido contrário, seria necessária uma minuciosa análise do conteúdo fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via do recurso especial. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.**

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1328102/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018).

No que tange ao regime inicial imposto o colegiado do Tribunal de piso dispôs (fls. 412-414):

[...] No tocante ao crime de ameaça, considerando o quantum da pena imposta e a primariedade do acusado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do CP, mantenho o regime inicial aberto.

Com relação aos demais crimes, deve ser mantido o regime fechado.

Ao fixar o regime prisional, não pode o magistrado se limitar apenas ao quantum da pena aplicada, devendo, pois, considerar ainda a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como as circunstâncias e consequências do crime. [...]

**Vale dizer, a concessão de regime semiaberto ou aberto, conforme no caso dos autos, a acusado portador de má conduta social (réu portou arma de fogo municiada, além de munições avulsas e, mesmo após ser advertido por policiais, efetuou disparo para o alto, demonstrando ousadia e destemor), desvitalizaria a eficácia intimidante da pena, incentivando a prática de outros delitos semelhantes.** Devem os juízes estar atentos aos anseios da sociedade, que, acuada pelo desenfreado avanço da criminalidade, clama por medidas enérgicas por parte do Poder Público.

[...]

Por tais motivos, entendo ser mais adequado à prevenção e repressão do crime manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

Da leitura do excerto acima transcrito, verifica-se que a Câmara julgadora de piso impôs o regime prisional mais gravoso com base na gravidade abstrata do

delito, nos elementos do tipo penal e efeitos sociais da conduta.

Com efeito, a pena-base foi fixada no mínimo legal, foram reconhecidos os bons antecedentes e a primariedade do réu, portanto, não se admite a escolha do modo prisional mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito.

Assim, restando a reprimenda definitivamente estabelecida em patamar igual a quatro anos - **2 anos de reclusão para cada um dos delitos**, a definição de regime penal mais gravoso exigiria concreta motivação, a tanto não servindo argumentos de gravidade abstrata do delito e dos genéricos efeitos sociais da criminalidade. A propósito:

Súmula 440: 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.

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Dessa maneira, nota-se que nenhuma motivação pelos crimes concretizados (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo) foi aduzida no acórdão condenatório para fixar o regime mais severo, indicando-se apenas a gravidade abstrata do delito, o que torna certa a ausência de fundamentos válidos para a imposição de regime mais gravoso.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar o regime inicial aberto, nos exatos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator