



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.290 - SP (2011/0267165-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ORIVALDO RODRIGUES NOGUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ DEODATO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESTRITO. REGIME INICIAL. SEMIABERTO. *QUANTUM* DA PENA (5 ANOS). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRETENSÃO AO REGIME ABERTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena pauta-se por critérios presentes no art. 33 do Código Penal. O escalonamento dos regimes segue uma hierarquia funcionalizada em quantitativos repressivos. *In casu*, tendo a reprimenda sido fixada em patamar superior a quatro anos, a despeito de militarem circunstâncias judiciais favoráveis, é inviável o estabelecimento do regime inicial aberto. A menção ao verbo *poder*, na alínea *b* do parágrafo segundo do art. 33, indica, em interpretação sistemática com § 3.º do mesmo dispositivo, que é possível infligir o regime semiaberto, ou, presentes negativas circunstâncias do art. 59 do CP, o fechado.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 02 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.290 - SP (2011/0267165-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ORIVALDO RODRIGUES NOGUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ DEODATO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ DEODATO DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora a Oitava Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 993.08.045306-3).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime aberto, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 14, *caput*, e 16, parágrafo único, ambos da Lei n.º 10.826/2003.

Inconformados, o Ministério Público e a Defesa interpuseram recurso de apelação. O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial para reformar a sentença no tocante ao regime de cumprimento de pena, alterando o regime inicial aberto para o semiaberto. Confira-se a ementa do *decisum*:

"Recurso de Apelação. Lei 10.826/2003 - Armas. Prova oral coesa. Suficiência e validade. Decisão que encontra respaldo nos elementos probatórios carreados no decorrer da instrução processual, o que impossibilita a absolvição do acusado por insuficiência de provas. Redução da pena imposta. Impossibilidade. Quantidade da pena imposta que exige a fixação de regime mais severo para o cumprimento inicial da pena. Improvimento do recuso defensivo. Provimento do recurso Ministerial" (fl. 19).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que "o Paciente é pessoa humilde, que trabalha como vigia noturno, tendo adquirido a arma de fogo que portava simplesmente para sua segurança, pois fora ameaçado em data próxima à dos fatos por membros da facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), pois acreditavam que o Paciente era policial (fl. 2).

Assere que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena não deve basear-se, única e exclusivamente, no critério numérico do art. 33, § 2º, do Código Penal, devendo pautar-se, principalmente, pelos critérios previstos no art. 59 do Código Penal.

Destaca que o paciente, à época da condenação, era primário e ostentava bons antecedentes, tendo "apresentado justificativa crível para o porte e a posse de armas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidas em seu poder" (fl. 4).

Aduz que "o ingresso desnecessário em um sistema carcerário que atinge índices de 70% de reincidência não será útil ao Paciente, que se enquadra em um exclusivo rol de egressos que se mantiveram longe da criminalidade" (fl. 5).

Sublinha que o paciente possui ocupação lícita, família constituída e residência própria. Argumenta que não constam registros de novos antecedentes em desfavor do paciente, "sendo certo que sua plena readequação e consequente reinserção social são provas irrefutáveis de sua autodisciplina e senso de responsabilidade" (fl. 6).

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento da ilegalidade da decisão fustigada, para que seja restabelecido como regime inicial de cumprimento de pena o aberto, expedindo-se alvará de soltura em favor do paciente.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 266-268.

As informações foram juntadas às fls. 273-274, 276-291 e 299-319.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 294-297, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Ana Maria Guerrero Guimarães, opinando pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOCO. CONDENAÇÃO À PENA DE 05 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL ABERTO. REFORMA DA DECISÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. ALTERAÇÃO DO REGIME PARA O SEMIABERTO EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE PENA IMPOSTA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.290 - SP (2011/0267165-1)

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESTRITO. REGIME INICIAL. SEMIABERTO. *QUANTUM* DA PENA (5 ANOS). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRETENSÃO AO REGIME ABERTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena pauta-se por critérios presentes no art. 33 do Código Penal. O escalonamento dos regimes segue uma hierarquia funcionalizada em quantitativos repressivos. *In casu*, tendo a reprimenda sido fixada em patamar superior a quatro anos, a despeito de militarem circunstâncias judiciais favoráveis, é inviável o estabelecimento do regime inicial aberto. A menção ao verbo *poder*, na alínea *b* do parágrafo segundo do art. 33, indica, em interpretação sistemática com § 3.º do mesmo dispositivo, que é possível infligir o regime semiaberto, ou, presentes negativas circunstâncias do art. 59 do CP, o fechado.

2. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Pretende-se, com o presente *mandamus*, seja reconhecida a ilegalidade da decisão fustigada, restabelecendo-se como regime inicial de cumprimento de pena o aberto.

Pela leitura dos autos, verifico que a insurgência não merece guarida.

Eis a sentença, no que interessa:

A materialidade restou provada pelo laudo do Instituto Criminalística de fls. 82/84, que confirmou a apreensão de um revólver, cal. 32, marca Taurus; uma espingarda, cal. 44 e outra espingarda, cal. 22, além de 23 cartuchos, cal. 38; 09 cartuchos, cal. 44; 19 cartuchos, cal. 32; 06 cartuchos, cal. 380 e 04 cartuchos, cal. 50. A autoria também restou evidenciada nos autos.

Em juízo, o réu admitiu a propriedade das armas e das munições, alegando que o revólver, cal. 32 destinava-se a sua defesa pessoal, pois é vigilante e tinha as espingardas porque é colecionador.

Os policiais civis Edson e Reginaldo confirmaram integralmente a confissão judicial do réu. Disseram que no dia dos fatos estavam trabalhando na área continental, quando avistaram o acusado, que comportou-se de maneira suspeita, razão pela qual resolveram abordá-lo. Em revista pessoal, apreenderam com ele, um revólver, cal. 32. Foram à residência do réu, com autorização do mesmo, e lá apreenderam as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espingardas e munições.

Os policiais destacaram que no momento da prisão, o réu disse que o revólver destinava-se a sua defesa pessoal e tinha as espingardas, porque era colecionador.

As testemunhas de defesa disseram que o acusado tinha arma porque trabalhava como segurança.

As teses de legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa, sustentadas pelo Ilustre Defensor, não favorecem o réu, pois não o eximem de responsabilidade pelo crime em questão.

O simples fato de o acusado ser vigilante não lhe dá o direito de portar arma de fogo, de maneira ilegal, e não descaracteriza o crime em questão.

O argumento da defesa no sentido de que não foi realizada perícia nos projéteis e, por isso, não restou comprovada a materialidade, não se sustenta, pois mesmo a arma desmuniada caracteriza o crime em questão, uma vez que o meio é eficaz, existindo apenas uma Impossibilidade casual de uso imediato, mas incapaz de retirar-lhe o atributo de ser arma de fogo.

Além disso, o laudo pericial de fls. 82/84, concluiu que as armas estavam acompanhadas de cartuchos íntegros, e todos próprios para os tipos de armas descritas na denúncia. Concluiu também que as armas encontravam-se aptas para realização de disparos, razão pela qual indefiro o pedido de conversão do julgamento em diligência.

Destarte, provadas a autoria e materialidade, passo a dosar as penas.

Quanto ao crime previsto no artigo 14 da Lei 10.826/03:

1ª Fase; Fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, pois o réu é primário.

Nada para considerar nas demais fases.

Quanto ao crime previsto no artigo 16, "caput" e parágrafo único, IV da Lei 10.836/03:

1ª Fase: Fixo a pena-base em 03 anos de reclusão e 10 dias-multa, pois o réu é: primário.

Nada para considerar nas demais fases.

Em face do concurso material de delitos, as penas devem ser somadas, para totalizar 05 anos de reclusão e 20 dias-multa.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR JOSÉ DEODATO DOS SANTOS, qualificado nos autos, à pena de 05 anos de reclusão e ao pagamento de 20 dias-multa, cujo valor fixo no mínimo legal, como incurso nos artigos 14 e 16, "caput" e parágrafo único, IV da Lei 10.826/03, no regime aberto.

Deixo de substituir a pena corporal pela restritiva de direito, pois o artigo 44, I, do Código Penal, dispõe que a pena privativa de liberdade não pode ser superior a 04 anos.

Concedo ao réu o direito de apelar em liberdade. (fls. 10-12)

Colhe-se do aresto guerreado:

A materialidade delitiva se encontra demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 10, bem como pelo laudo do exame pericial das armas de fogo, de fls. 83/85, o qual concluiu que as mesmas poderiam ser eficazmente utilizadas na realização de disparos. A autoria é igualmente incontroversa.

Interrogado, asseverou o réu que realmente possuía os objetos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descritos na denúncia. Disse que o revólver apreendido em seu poder era utilizado em sua defesa pessoal, visto que prestava serviços de segurança. Alegou ainda que tinha em depósito as armas e munições apreendidas em sua residência por "hobby".

Diante da confissão operada, temos que o acusado tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta. E a corroborar sua admissão está a prova colhida no decorrer da instrução processual.

Com efeito, inquiridos, alegaram os policiais civis que efetuaram a abordagem do acusado, pois este, ao avistar a viatura, se comportou de maneira estranha. Realizada revista pessoal, em seu poder foi encontrado um revólver de calibre 32.

Ademais, asseveraram os policiais que ao indagar o acusado sobre a procedência da arma e da existência de outras, ele agiu de maneira nervosa. Assim, na residência do acusado, precisamente em cima do guarda-roupas, foi encontrada uma das espingardas. Lograram encontrar também uma outra arma envolvida por um agasalho, além de munições que foram encontradas em diversos pontos da casa, sempre escondidas.

No mais, não ficou demonstrada nos autos a existência de provas, sequer indícios de que os policiais tinham interesse de imputar falso crime ao acusado, pessoa que sequer conheciam.

(...)

No tocante a dosimetria da pena, insta consignar que o juízo sentenciante bem se atentou aos critérios estabelecidos pelos artigos 59 e seguintes de Código Penal, fixando, para cada crime, a pena no mínimo legal.

Ainda que a sua confissão fosse total e não parcial, sua pena não poderia ser atenuada, uma vez que já se encontrava no piso. Neste sentido, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

No entanto, como bem observado pelo representante do Ministério Público, mesmo em se tratando de acusado não reincidente, tendo em vista o fato da pena fixada ser de cinco anos de reclusão, por força do artigo 33, parágrafo 2º, alínea "b", do Código Penal, o réu deverá iniciar seu cumprimento em regime inicial semi-aberto.

E é exatamente em razão da quantidade de pena imposta, mínima, mas que não pode ser reduzida em razão do concurso material, que não pode haver substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do artigo 44 do referido Texto Legal, a despeito da primariedade do agente.

Diante do exposto, pelo meu voto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso defensivo e DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto pelo representante da Justiça Pública, apenas para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena imposta ao réu, mantendo-se, no mais, a sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. (fls. 21-23)

Nesse contexto, importante salientar que a fixação do regime inicial de cumprimento de reprimenda pauta-se por critérios presentes no art. 33 do Código Penal. O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

escalonamento dos regimes segue uma hierarquia funcionalizada em quantitativos repressivos.

Com efeito, segundo a alínea *b* do parágrafo 2.º do referido artigo (o *condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto*) tem-se um parâmetro mínimo (semiaberto) referente à fixação do regime de cumprimento da pena.

Nesse sentido, a menção ao verbo *poder*, na transcrição acima, indica, em interpretação sistemática com § 3.º do art. 33 do CP, que é possível infligir o regime semiaberto, ou, presentes negativas circunstâncias do art. 59 do CP e não sendo tal regime suficiente a atender às exigências de reprovação e prevenção de ilícitos, poder-se-ia, ainda, determinar o cumprimento da pena em regime fechado.

Para melhor elucidação do exposto, importante ressaltar a lição da doutrina:

Caberá ao juiz, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ao fixar a pena, indicar o regime inicial de cumprimento da pena. O art. 33, § 2.º, estatui limites a serem respeitados obrigatoriamente, ao dispor que as penas superiores a oito anos deverão começar no regime fechado. As penas ao não reincidente, superiores a quatro, mas que não excedam a oito, poderão iniciar-se no regime semi-aberto, o que não proíbe que o aplicador determine o seu início no regime fechado. Proibido está, todavia, que comece no regime aberto. As penas ao não reincidente iguais ou inferiores a quatro anos poderão ter seu início no regime aberto, o que não impede que o juiz decida determinar que o início se dê no regime semi-aberto, ou mesmo no fechado.

(REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal Parte Geral. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 353)

In casu, tendo a pena (cinco anos de reclusão) sido fixada em patamar superior a quatro anos, a despeito de militarem circunstâncias judiciais favoráveis, é inviável o estabelecimento do regime inicial aberto.

Confira-se, a propósito, alguns julgados desta Corte, nos quais, em que pese as penas cominadas serem superiores a quatro anos e inferiores a oito anos, se nota o estabelecimento tanto do regime semiaberto como do fechado, não havendo incidência da aplicação do regime mais brando:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

1. No caso, embora a reprimenda privativa final tenha sido estabelecida abaixo de 8 (oito) anos de reclusão, a imposição do regime fechado para início da expiação se encontra fundamentada, uma vez que as circunstâncias em que o delito foi praticado merece uma repreensão mais severa, diante da audácia e real periculosidade dos agentes envolvidos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Segundo extrai-se dos autos, o paciente e outro corréu, armados adentraram o veículo de um policial militar e, após empregarem violência real contra a vítima, que foi atingida na cabeça com o cabo do revólver e sofrer vários disparos de arma de fogo - que não o atingiram - revistaram o seu veículo e perpetraram o roubo de uma pistola "Taurus" .40, e uma pistola "Imbel", calibre .45, pertencentes à Polícia Civil de São Paulo.

3. Ordem denegada.(HC 198.927/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 19/09/2011)

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. SIMULAÇÃO DE EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA FECHADA. MODUS OPERANDI. EMPREGO DE VIOLÊNCIA FÍSICA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. MODO MAIS SEVERO DE EXECUÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

1. Embora a pena dos pacientes tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação da forma fechada de execução para um e da semiaberta para o outro paciente encontram-se devidamente justificadas pelas instâncias ordinárias, diante da gravidade concreta dos delitos cometidos, evidenciada pelo modus operandi empregado, haja vista a utilização de violência física desnecessária na prática das empreitadas criminosas, reveladora da maior periculosidade dos agentes envolvidos.

2. Ordem denegada. (HC 172.535/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011)

Destarte, acertado o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, não merecendo, pois, ser reformado.

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0267165-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 224.290 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5922006 993080453063

EM MESA

JULGADO: 02/02/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ORIVALDO RODRIGUES NOGUEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSÉ DEODATO DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.