



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 464.734 - SP (2018/0209035-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - SP0347855
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HERBERT CASSEMIRO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI Nº 10.826/03). DOSIMETRIA. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. REGIME **SEMIABERTO**. ADEQUADO. **SÚMULA N. 269 DO STJ. WRIT NÃO CONHECIDO.**

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

II - Conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe: *"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."* Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**: *"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."* *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*

III - Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Os requisitos para a imposição do regime aberto constam no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, **a ausência de reincidência**, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. **In casu**, ainda que a pena tenha permanecido em patamar abaixo de 4 (quatro) anos, o paciente é **reincidente**, impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos ao disposto pelo artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

IV - Todavia, considerando o montante da pena, as circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis ao paciente, bem como o disposto pela Súmula n. 269/STJ, admite-se, na presente hipótese, a aplicação do regime **semiaberto**.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para**, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 37-39), fixar o regime inicial **semiaberto** para o início de resgate da pena, mantido os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 464.734 - SP (2018/0209035-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - SP0347855
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HERBERT CASSEMIRO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria pública estadual em favor de HERBERT CASSEMIRO DA SILVA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0069793-27.2010.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 25-29.

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no estabelecimento do regime prisional mais gravoso para início de cumprimento da pena, qual seja, o fechado.

Para tanto, sustenta, que "[...] *sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, bem como levando em consideração a gravidade concreta do crime em tela, o qual não gerou prejuízo significativo para a sociedade em geral, impõe-se a fixação do regime SEMIABERTO de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §2º, "b", do Código Penal*" (fl. 9).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja estabelecido o regime inicial **semiaberto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi **concedido** para fixar o regime **semiaberto** ao paciente, para início de cumprimento da pena, até o julgamento final deste **writ** (fls. 37-39).

Informações prestadas às fls. 48-49.

O Ministério Público Federal, às fls. 58-60, manifestou-se pela denegação da ordem, cassando-se a liminar deferida. Eis a ementa do parecer:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI Nº 10.826/03). PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO. REGIME FECHADO CORRETAMENTE FIXADO. PACIENTE CONTUMAZ NA VIDA DELITIVA. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM, CASSANDO-SE A LIMINAR DEFERIDA" (fl. 58).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 464.734 - SP (2018/0209035-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - SP0347855
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HERBERT CASSEMIRO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE
FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI Nº
10.826/03). DOSIMETRIA. REGIME ABERTO.
IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA
CONFIGURADA. REGIME **SEMIABERTO**.
ADEQUADO. **SÚMULA N. 269 DO STJ. WRIT**
NÃO CONHECIDO.

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

II - Conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe: *"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."* Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**: *"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."* "A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

III - Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Os requisitos para a imposição do regime aberto constam no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, **a ausência de reincidência**, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. **In casu**, ainda que a pena tenha permanecido em patamar abaixo de 4 (quatro) anos, o paciente é **reincidente**, impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos ao disposto pelo artigo 33, § 2º, **alínea c, do Código Penal**.

IV - Todavia, considerando o montante da pena, as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, bem como o disposto pela Súmula n. 269/STJ, admite-se, na presente hipótese, a aplicação do regime **semiaberto**.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para**, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 37-39), fixar o regime inicial **semiaberto** para o início de resgate da pena, mantido os demais termos da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

"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."

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**:

"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."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Os requisitos para a imposição do regime aberto constam no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, **a ausência de reincidência**, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

In casu, ainda que a pena tenha permanecido em patamar abaixo de 4 (quatro) anos, o paciente é **reincidente**, impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos ao disposto pelo artigo 33, § 2º, **alínea c, do Código Penal**.

Todavia, considerando o montante da pena, as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, bem como o disposto pela Súmula n. 269/STJ, admite-se, na presente hipótese, a aplicação do regime **semiaberto**.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO E PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SÚMULA 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- No caso, a exasperação da pena-base não deve se manter. Isso porque, não houve por parte do acusado conduta que extrapolasse as circunstâncias típicas do delito de furto, não merecendo reprovabilidade maior na sua sanção.

- **Em relação ao regime, ainda que o paciente seja reincidente, teve a pena-base fixada no mínimo legal e foi condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão. Dessa forma, é cabível o regime semiaberto. Súmula 269/STJ.**

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto" (HC n. 370.405/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 27/10/2016, grifei).

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TENTATIVA DE ROUBO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS 269 E 440 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

2. Os fundamentos genéricos utilizados do decreto condenatório não 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), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. **De acordo com a Súmula 269/STJ, 'é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'.**

4. O Tribunal de origem considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Assim, estabelecida a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alínea "c", e § 3º, do Código Penal. Ademais, revela-se desproporcional a fixação do regime fechado tão somente em razão da reincidência específica do agente.

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando a reprimenda em meio mais gravoso" (HC n. 357.794/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 10/10/2016, grifei).*

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício** para,, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 37-39), fixar o regime inicial **semiaberto** para o início de resgate da pena, mantido os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0209035-2

HC 464.734 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00697932720108260050 20120000482657 697932720108260050

EM MESA

JULGADO: 11/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - SP0347855
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: HERBERT CASSEMIRO DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: WILLIAM VERGILIO DE OLIVEIRA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.