



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.238 - SP (2011/0063192-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : MARIA CECÍLIA REMOLI DE SOUZA LOPES - DEFENSORA
PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ LUCIANO DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ART. 14 DA LEI 10.826/03. TIPICIDADE DA CONDUTA. PACIENTE REINCENTE. PÉSSIMOS ANTECEDENTES. *REGIME ABERTO*. *IMPOSSIBILIDADE*. *SURSIS* HUMANITÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– O porte de munição, ou mesmo de arma desmuniada, por ser delito de perigo abstrato, cujo objeto jurídico imediato é a segurança coletiva, subsume-se aos tipos descritos nos arts. 14 e 16 da Lei 10.826/03.

– Não merece reparos o aresto hostilizado ao concluir pela aplicação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena na hipótese, pois, embora condenado a pena inferior a 4 anos, cuida-se de paciente reincidente e com péssimos antecedentes.

– Falece competência a esta Corte para analisar questão que não tenha sido apreciada nas instâncias ordinárias, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de outubro de 2012(data do julgamento)

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.238 - SP (2011/0063192-9)

RELATORA : **MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**
IMPETRANTE : MARIA CECÍLIA REMOLI DE SOUZA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ LUCIANO DE SOUZA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE): Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de José Luciano de Souza, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03 - Réu surpreendido, por policiais militares, portanto munição, em via pública - Autoria e materialidade demonstradas - A conduta incriminada é de perigo presumido, de consumação instantânea.

Art. 329 do Código Penal - Réu que resistiu à abordagem e rasgou a farda do policial militar - Materialidade e autoria demonstradas.

Prova - palavra de policial - validade - inexistência de provas no sentido de que estivesse faltando com a verdade, no intuito de incriminar inocente - Testemunho, ademais, prestado sob o crivo do contraditório.

Penas corretamente fixadas, tendo em vista a reincidência e os péssimos antecedentes do réu.

Pena corporal a ser cumprida em regime semiaberto, em face dos maus antecedentes e reincidência.

O acusado não preenche os requisitos do inciso III, do art. 44, do Código Penal.

Recurso não provido" (fls. 84-85).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais 11 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 14 da Lei 10.826/03 (porte ilegal de munição) e 2 meses de detenção, em regime semiaberto, por infração ao art. 329 do CP.

A impetrante sustenta a atipicidade da conduta do paciente ao argumento de que o porte exclusivo de munição não oferece perigo à sociedade, ante a ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mecanismo próprio para o seu disparo. Sustenta ausência de fundamentação do *decisum* ao fixar o regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena imposta. Alega que o paciente necessita de cuidados permanentes de terceiros em razão de complicações de pós-operatório de TCG, circunstância suficiente para determinar a suspensão da execução da pena ou seu cumprimento em prisão domiciliar. Assevera ser hipótese de concessão de *sursis* humanitário.

Liminar indeferida (fl. 98).

Informações prestadas às fls. 106-124.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial do *writ* e pela denegação da ordem (fls. 128-131).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.238 - SP (2011/0063192-9)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relator): Segundo dispõe o art. 105 da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça tão-somente julgar, originariamente, o *habeas corpus* quando o coator ou paciente for os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

No entanto, possivelmente com a intenção de proteger o cidadão contra abusos e arbitrariedades do Estado, o cabimento do *habeas corpus* foi sendo, paulatinamente, ampliado pela jurisprudência, passando a substituir outros recursos constitucionais.

Assim, notadamente por se tratar de um remédio heróico despidido de quaisquer requisitos processuais, a impetração do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário e do recurso especial passou a ser a regra.

Ocorre que, recentemente, o e. Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, **passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso ordinário**. Confira-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.”



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012)

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, **a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível habeas corpus "como substitutivo de recurso no processo penal"**. Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. *Precedentes*

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado

(HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Assim, seguindo esta nova orientação da e. Suprema Corte, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso especial.

De qualquer modo, importa consignar, ainda, não ser o caso de concessão da ordem de ofício, haja vista **não restar configurada nenhuma flagrante ilegalidade** a sanar.

A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que, por se tratar de delito de perigo abstrato, cujo objeto jurídico imediato é a segurança coletiva, o porte de munição, ou mesmo de arma desmuniada, subsume-se aos tipos descritos nos arts. 14 e 16 da Lei 10.826/03.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 14, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (DOIS CARTUCHOS ÍNTEGROS, DA MARCA CBC, CALIBRE 7,65). PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. IMPROPRIEDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DESTA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

4. Ademais, este Tribunal já firmou entendimento segundo o qual o porte ilegal de arma de fogo desmuniada e o de munições configuram hipóteses de perigo abstrato, bastando apenas, para a consumação do crime, a prática do ato de levar consigo. Portanto, não se mostra viável a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que, embora não seja expressiva a quantidade da munição apreendida (02 cartuchos de calibre 7,65), ela apresenta potencialidade lesiva, mormente em poder de réu já condenado pelos crimes de roubo e furto. *Precedentes*.

5. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as circunstâncias judiciais, a condição de reincidente não impede a fixação de regime prisional intermediário, nos termos da Súmula n.º 269 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

6. Ordem de **habeas corpus** parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado e a sentença condenatória, estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente (HC 168.656/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJE de 5.9.2012).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ART. 14 DA LEI 10.826/03. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. ARMA DE FOGO APREENDIDA SEM POTENCIAL LESIVO. MUNIÇÃO IDÔNEA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VISLUMBRADO. ORDEM DENEGADA.

I. O trancamento de ação penal por meio de habeas corpus é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

II. Não obstante a ausência de potencialidade lesiva da pistola periciada, o porte dos cartuchos, por si só, configura a prática do delito do art. 14 da Lei 10.826/03, pois o núcleo do tipo prevê, explicitamente, que tal conduta é antijurídica, independentemente da apreensão de arma de fogo e da sua eventual capacidade de efetuar disparos.

III. Trata-se de delito de perigo abstrato, que prescinde de comprovação do efetivo risco à paz pública.

IV. A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o porte de munição, ou mesmo de arma desmuniada, subsume-se ao tipo descrito art. 14 da Lei 10.826/03 (Precedentes).

V. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator (HC 166.446/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

No tocante ao regime de cumprimento da pena, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a fixação do regime inicial não está condicionada somente ao *quantum* da reprimenda, mas ao cumprimento do requisitos do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, do Código Penal. Na hipótese, entendo que, no ponto, não merece reparos o aresto hostilizado ao concluir pela aplicação do regime semiaberto, pois, embora condenado a pena inferior a 4 anos, cuida-se de paciente reincidente e com péssimos antecedentes, sendo, portanto, o regime necessário e adequado para reeducação do indivíduo.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORTE NO JULGAMENTO DO ERESP 1.154.752/RS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABÍVEL O REGIME INICIAL SEMIABERTO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp 1.154.752/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

2. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao reincidente condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, como na espécie. Incidência da Súmula n.º 269 desta Corte.

3. Habeas corpus concedido para fixar a pena privativa de liberdade do Paciente em 02 (dois) anos de reclusão e estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da reprimenda" (HC 211.966/SP, QUINTA TURMA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 01/08/2012).

Por fim, no que tange aos pedidos de concessão do *sursis* humanitário ou de prisão domiciliar, verifica-se que a questão não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Falece competência a esta Corte para analisar questão que não tenha sido apreciada nas instâncias ordinárias, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. ART. 129, § 2.º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE QUE TRANSMITIU ENFERMIDADE INCURÁVEL À OFENDIDA (SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA). VÍTIMA CUJA MOLÉSTIA PERMANECE ASSINTOMÁTICA. DESINFLUÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA UM DOS CRIMES PREVISTOS NO CAPÍTULO III, TÍTULO I, PARTE ESPECIAL, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. SURSIS HUMANITÁRIO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES NO PONTO, E DE DEMONSTRAÇÃO SOBRE O ESTADO DE SAÚDE DO PACIENTE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

[...]

5. Não pode ser conhecido o pedido de *sursis* humanitário se não há, nos autos, notícias de que tal pretensão foi avaliada pelas instâncias antecedentes, nem qualquer informação acerca do estado de saúde do Paciente.

6. **Habeas corpus** parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado" (HC 160982/DF, Quinta turma, Rel. Ministra Laurita VAz, DJe de 28.5.2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. **HABEAS CORPUS** CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Não tendo a questão posta nos autos sido apreciada por Colegiado da Corte Estadual, é indevido o exame do tema por este Superior Tribunal de Justiça, pois a questão deveria ter sido apresentada ao Tribunal a quo, por meio de recurso próprio e, uma vez exaurida a instância sem que obtida a tutela pleiteada, a tese poderia ser trazida a esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

IV. Ordem não conhecida" (HC 166485/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ 17/08/2011).

Ante o exposto, não conheço o *Habeas Corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0063192-9

HC 201.238 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 8972009 990103632885

EM MESA

JULGADO: 23/10/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA CECÍLIA REMOLI DE SOUZA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSÉ LUCIANO DE SOUZA

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."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.