



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1814991 - MS (2021/0011056-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGRAVADO : **JORCINEI MARQUES DA LUZ**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

DECISÃO

Trata-se de agravo de MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - MPE em face de decisão proferida no TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - TJMS que inadmitiu seu recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido pelo em julgamento de apelação criminal n. 0002010-56.2018.8.12.0008.

Consta dos autos que o agravado, JORCINEI MARQUES DA LUZ, foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 14 da lei n. 10826/03 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), à pena de 2 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial aberto, e 82 dias-multa (fl. 171).

Recurso de apelação interposto pela Acusação foi desprovido por maioria (fl. 229). O acórdão ficou assim ementado:

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL –PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO - INSURGÊNCIA QUANTO AO REGIME PRISIONAL FIXADO – ABERTO – MINORIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS E PENA FINAL PRÓXIMA DO MÍNIMO LEGAL – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 719 DO STF – REGIME ABERTO PRESERVADO - NÃO PROVIDO.

I - A negatização das moduladoras da culpabilidade e antecedentes criminais com base em única condenação não são suficientes para exasperar a reprimenda ao regime intermediário, quando a pena final restou muito próximo do mínimo legal atribuído ao tipo penal, bem como as circunstâncias judiciais são na minoria desfavoráveis.

II - Além disso, o Réu é primário e o delito não foi praticado com violência ou grave ameaça. Desta feita, observado o disposto no art. 33, §2º e §3º, do Código Penal, não haveria motivação idônea para exasperar o regime prisional, incidindo na hipótese, a Súmula 719 do STF. Respeitado o princípio da suficiência, confirma-se o regime aplicado na sentença monocrática – aberto.

III - *Contra o parecer, recurso não provido.*" (fl. 226).

Em sede de recurso especial (fls. 238/245), o MPE apontou violação ao art. 33, § 3º, do Código Penal - CP, porque o TJMS manteve o regime inicial aberto, embora existentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Destaca que o agravado possui maus antecedentes e a culpabilidade também foi desfavorável.

Requer a imposição do regime semiaberto.

Contrarrazões do agravado (fls. 253/264).

O recurso especial foi inadmitido no TJ em razão de: a) óbice da Súmula n. 7 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ; e b) óbice da Súmula n. 83 do STJ (fls. 266/269).

Em agravo em recurso especial, o MPE impugnou os referidos óbices (fls. 276/285).

Contraminuta do agravado (fls. 292/302)

Os autos vieram a esta Corte, sendo protocolados e distribuídos. Aberta vista ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF, este opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 315/320).

É o relatório.

Decido.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do agravo em recurso especial, passa-se à análise do recurso especial.

Sobre a violação ao art. 33, § 3º, do CP, o TJMS manteve o regime aberto nos seguintes termos do voto vencedor do relator (grifo nosso):

"A insurgência recursal da Acusação restringe-se ao regime prisional fixado, sob a argumentação de que duas circunstâncias judiciais (culpabilidade e maus antecedentes) foram valoradas negativamente e ainda assim foi-lhe estipulado o regime aberto.

Não merece acolhimento a pretensão.

O regime fixado pelo Magistrado Singular está razoável e proporcional.

Ainda que sejam negativas as moduladoras da culpabilidade e antecedentes, assim fundamentadas: "a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do réu, deve lhe prejudicar, porquanto o delito foi praticado em companhia do adolescente Breno Santana da Silva; os antecedentes são desfavoráveis, tendo em vista a existência de uma condenação penal com trânsito em julgado em seu desfavor(f. 153-154) que, apesar do trânsito em julgado posterior, o fato ocorreu anteriormente ao caso em análise e, conforme atual entendimento do STJ, poderá ser utilizada para valorar negativamente nesta primeira fase". (f. 170) A negatização de duas circunstâncias judiciais –

culpabilidade e antecedentes, sendo estes ainda referentes à uma única condenação, não são suficientes para exasperar a reprimenda ao regime intermediário, quando a pena final restou muito próximo do mínimo legal atribuído ao tipo penal, bem como as circunstâncias judiciais são na minoria desfavoráveis.

Além disso, o réu é primário e o delito não foi praticado com violência ou grave ameaça.

Desta feita, observado o disposto no art. 33, §2º e §3º, do Código Penal, não haveria motivação idônea para exasperar o regime prisional, incidindo na hipótese, a Súmula 719 do STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Respeitado o princípio da suficiência, confirma-se o regime aplicado na sentença monocrática – aberto." (fl. 228)

Do voto vencido, tem-se o seguinte:

"Assim, somente fará jus ao regime inicial aberto o indivíduo primário, condenado a pena inferior a 04 anos e que conte com circunstâncias judiciais amplamente favoráveis.

E, na hipótese vertente, não é esse o quadro encontrado, pois apesar da primariedade e da pena estabelecida em 02 anos e 01 mês, a moduladora atinente aos antecedentes foi tida por negativa, justificando, assim, a imposição do regime prisional mais gravoso.

Nestes termos, ao meu particular juízo, não se mostra razoável a fixação do regime aberto, pois não restaram atendidos aos critérios legais necessários." (fl. 229)

Por seu turno, na sentença constou o seguinte:

"Para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta, fixo o regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal." (fls. 170/171)

Extrai-se do(s) trecho(s) acima que o sentenciante deixou de observar o disposto no art. 33, § 3º, do CP, enquanto no TJMS houve divergência sobre o regime adequado para início de cumprimento da pena. Embora a pena tenha ficado próxima do mínimo legal, como bem observado no voto vencedor, há que se destacar que a pena definitiva foi influenciada pela atenuante da confissão espontânea (fl. 170). Além disso, tem-se maus antecedentes e valoração negativa da culpabilidade pela prática do delito acompanhado de menor de idade. O cometimento do delito acompanhado de menor de idade que portava arma de fogo com munições, aliado aos maus antecedentes, justificam o regime mais gravoso. Citam-se precedentes (grifo nosso):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL

DE MUNIÇÕES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE DE MUNIÇÕES. REGIME INICIAL MAIS GRAVE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. RÉU QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. NÃO ENFRENTAMENTO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA.

I - Sobre o tema, este Superior Tribunal de Justiça se alinhou ao entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e passou a reconhecer a atipicidade material da conduta, em situações específicas de ínfima quantidade de munição, aliada à ausência do artefato capaz de disparar o projétil.

II - In casu, a quantidade munições apreendidas (seis), não equivale a uma parcela ínfima, não configurando, portanto, um delito atípico. Nesse contexto, insta consignar que não se pode ter como irrelevante a conduta do agente que detém comportamento reiterado na prática de crimes, ostentando condenações anteriores por delitos de receptação culposa e posse irregular de arma de fogo de uso permitido (fl. 380), e, posteriormente, é autuado em flagrante, transportando 06 projéteis íntegros, de munição de calibre .22.

Ademais, a Corte de origem noticiou que "as circunstâncias em que ocorreram os fatos, ou seja, quase que simultaneamente à ocorrência de tráfico de drogas - ainda que praticada por outro indivíduo -, inviabilizam o reconhecimento desta circunstância, pois em momento algum veio aos autos provas da origem lícita da munição" (fl. 349), o que evidencia maior reprovabilidade da conduta, incompatível com o reconhecimento da bagatela, ainda que o paciente não tenha sido condenado pelo delito de tráfico de drogas, conforme entendimento da combativa defesa.

III - Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária (precedentes).

IV - Segundo jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, "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 n. 718/STF), e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula n. 719/STF).

V - Na hipótese, deve ser mantido o regime inicial semiaberto, ante a existência de circunstância judicial desfavorável, que foi utilizada para majorar a pena-base do paciente, consistente nos maus antecedentes ostentados pelo apenado. Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a existência de circunstância judicial desfavorável, com

a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, autoriza a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena cominado (precedentes).

VI - No mais, a d. Defesa se limitou a reprisar os argumentos do recurso ordinário, o que atrai o verbete do Enunciado Sumular n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 691.728/SC, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 17/11/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

2. Na hipótese, diante do quantum de pena definitivamente aplicada ao acusado, caberia a imposição do regime inicialmente aberto; no entanto, a presença de circunstância judicial desfavorável justifica a manutenção do regime imediatamente mais gravoso, no caso, o semiaberto. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 608.958/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Fixada a pena em patamar inferior a 4 anos, e considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis dos antecedentes e das circunstâncias do crime, correta a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal - CP.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1468460/MS, Rel. Ministro JOEL

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer do recurso especial e, com fundamento na Súmula n. 568 do STJ, dar-lhe provimento para impor o regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 22 de novembro de 2021.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator