RECURSO ESPECIAL Nº 1.799.259 - RS (2019/0053887-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	ALDERI DOS SANTOS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por ALDERI DOS SANTOS, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que negou provimento ao apelo defensivo, com a seguinte ementa (e-STJ fl. 190):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 14, CAPUT, DA LEI 10.826/03. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONDENAÇÃO MANTIDA.*
> *1. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato e de mera conduta, mostrando- se prescindível a demonstração de perigo concreto. Precedentes. Na esteira do entendimento dos Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, não são inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, a exemplo daqueles previstos na Lei 10.826/03, que teve sua constitucionalidade assentada na ADI 3.112/DF.*
> *2. Pratica o crime do art. 14 da Lei 10.826/03 aquele que traz consigo arma de fogo em via pública, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*
> *3. Não houve dúvida que a arma de fogo apreendida estava na posse do acusado, levando-se em conta o relato fidedigno apresentado pelos policiais que participaram da prisão. Não há por que duvidar da versão apresentada por eles, que, em todas as oportunidades em que foram ouvidos, narraram com verossimilhança a ocorrência dos fatos, não deixando dúvida a respeito da prática do crime. Condenação mantida.*
> *4. Compete ao Juízo da origem definir a pena adequada ao caso, comportando alteração, em grau de recurso, apenas em situações em que a modificação não for arrazoada, proporcional ou contrariar disposição legal ou preceito constitucional. Caso concreto em que a pena está adequada. Pena mantida.*
> *APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.*

Consta dos autos que o Recorrente foi condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 dias-multa como incurso no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 (e-STJ fls. 132-139).

O TJRS negou provimento à apelação, mantendo íntegra a condenação (e-STJ fl. 190).

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 205-211), além de divergência jurisprudencial, o recorrente alega que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 67 do

Código Penal, visto que manteve o reconhecimento da preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ fls. 217-224), após o juízo prévio de admissibilidade, os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

Em parecer (e-STJ fls. 266-270 e 271-275 e 276-280 e 281-285), o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

No que se refere à violação do art. 67 do CP, sob a perspectiva de que a confissão espontânea deve ser compensada com a reincidência, resta claramente demonstrada a ausência de prequestionamento do tema nos termos em que foi apresentado no apelo nobre.

Note-se que a recorrente deixou de provocar o pronunciamento do Tribunal de origem por meio da oposição de embargos de declaração, hipótese a partir da qual, em caso de permanência da omissão, caberia à defesa arguir violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, de modo a acusar eventual negativa de prestação jurisdicional, o que não ocorreu na espécie, atraindo, por consequência, a incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF.

Confiram-se (grifos acrescidos):

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . CALÚNIA. PLEITO DE NULIDADE DO FEITO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DEFESA PRELIMINAR. ABERTURA DE VISTA AO QUERELANTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO.*
> *1. O prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte. Precedentes.*
> ***2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, "mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias" (AgRg no AREsp 872.787/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/5/2016, DJe 16/5/2016).***
> *3. Hipótese em que a abertura de vista dos autos para manifestação da parte contrária acerca do pronunciamento defensivo do recorrente, após a defesa preliminar. não implica prejuízo caracterizador de nulidade por cerceamento de defesa. 4. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama a efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief).*
> *5. Recurso ordinário desprovido.*
> (RHC 64.840/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)
>
> *RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E*

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DO RÉU. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DISSÍDIO PRETORIANO. COTEJO ANALÍTICO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356, AMBAS DO STF. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NÃO CONHECIDO E AGRAVO DO RÉU CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

[...]

8. Para acolher a tese isolada do agravante de que não era capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento por conta de seu transtorno de personalidade paranoide, seria necessário reexaminar fatos e provas, não delineados no acórdão, providência incabível no recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

9. Conforme reiterada jurisprudência do STJ, para o atendimento do requisito do prequestionamento, é necessário que a questão haja sido objeto de debate pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca do dispositivo legal apontado como violado, o que, como visto, não foi oportunizado na espécie, pois sequer alegado pelo ora agravante em suas pretéritas irresignações.

10. No caso, apesar de a defesa ter apelado quanto à violação dos arts. 59, 61, II, "f", 68 e 141, III, do Código Penal, a insurgência não foi analisada pelo Tribunal de origem nem a defesa opôs embargos de declaração. Incidem, portanto, neste ponto, os óbices das Súmulas n. 282 e 356, ambas do STF, in verbis: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" e "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

11. Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, de acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática de repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

12. Recurso especial do Ministério Público Federal não conhecido e agravo do réu conhecido a fim de não conhecer do recurso especial, com determinação de envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para imediata execução da pena imposta, salvo se o recorrido já cumpriu a reprimenda. (REsp 1557261/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Diante do exposto, nos termos do art. 255, § 4º, I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não se conhece do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator