

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.834.878 - SP (2019/0254857-2)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**RECORRENTE : JOSE AIRTON PEREIRA**  
**ADVOGADO : ERISVALDO PEREIRA DE FREITAS - SP196001**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **JOSE AIRTON PEREIRA** contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não admitiu o recurso especial manejado com apoio no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, em oposição a acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL Posse ilegal de arma de fogo de uso permitido - Recurso da defesa - Absolvição. Improcedência. Materialidade e autoria delitivas demonstradas. Firmes e coerentes depoimentos dos policiais civis. Arma de fogo apreendida na residência do acusado, dentro de armário - Dosimetria - Pretendida fixação da pena-base no mínimo legal. Impossibilidade. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Verificado recente disparo da arma de fogo. Aumento excessivo. Pena readequada - Reconhecida atenuante da confissão - Pena definitiva no mínimo legal - Regime semiaberto mantido. Circunstâncias judiciais desfavoráveis Substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantida a pena de multa - Recurso parcialmente provido." (e-STJ, fl. 315).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fl. 347).

A defesa aponta violação aos arts. 59 e 33, §2º e 3º, do Código Penal.

Aduz, em síntese, que o fato de o réu possuir a arma de fogo há mais de dez anos e de ter efetuado disparos recentemente não são fundamentos idôneos aptos a autorizar a exasperação da pena-base e a fixação do regime mais grave para desconto de pena.

Afirma que os referidos dispositivos legais são de ordem objetiva e não permitem ao magistrado de forma genérica agravar o início do cumprimento de pena sem observar as peculiaridades do caso concreto.

Alega que a pena definitiva imposta ao recorrente é inferior a 4 anos podendo desde o início cumpri-la em regime aberto, visto que milita em seu favor os critérios previstos no art. 59 e §3º do art. 33 do CP.

Requer seja estabelecido o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, nos termos em que dispõe o art. 33, §2º, "c", do CP. (e-STJ, fls. 329-338).

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 358-362).

Admitido o recurso (e-STJ, fls. 609-618), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça .

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do agravo em recurso especial (e-STJ, fls. 697-703).

**É o relatório.**

Decido.

# Superior Tribunal de Justiça

A irresignação merece acolhimento.

No que tange à fixação do regime de cumprimento da pena, a sentença de primeiro grau de jurisdição assim dispôs:

"Observo que conforme os critérios estabelecidos pelo artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias judiciais não são de todo favoráveis ao réu, embora não seja ele tecnicamente portador de maus antecedentes. A arma de fogo foi encontrada durante investigação pela prática de homicídio, com relação ao qual o réu está sendo processado, respondendo preso a tal processo. E restou constatado que a arma de fogo havia sido utilizada para efetuar disparos recentemente, o que revela que o réu não só guardava a arma de fogo em sua residência, mas a utilizava.

Tal circunstância também demonstra o cinismo do acusado que, apesar de ter admitido aos policiais que havia recebido de terceiro a arma de fogo, tratou em juízo de alterar sua versão, passando a dizer que tinha em casa a arma há muitos anos, alegando que era de seu falecido pai. Evidente, portanto, que tentou ludibriar o Juízo para obter fixação de pena menor. Dessa forma, fixo a pena base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Em razão da confissão, contudo, as penas retornam ao patamar mínimo, de 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Não havendo qualquer outra circunstância modificadora aplicável, torno definitiva a pena fixada.

Diante do exposto, julgo procedente a ação penal e o faço para, com fundamento no artigo 12, da Lei nº 10.826/03, **CONDENAR** o réu **JOSÉ AIRTON PEREIRA, à pena de 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

**Em que pesem as circunstâncias judiciais mencionadas na primeira fase de fixação da pena, e diante do preenchimento dos demais requisitos previstos pelo artigo 44 do Código Penal, entendo recomendável a substituição da pena privativa de liberdade aplicada pela pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, nos termos do artigo 46, também do Código Penal, subsistindo a pena de multa já aplicada.** A prestação de serviços, que terá o mesmo prazo da pena privativa de liberdade substituída, será definida pelo juízo da execução, oportunamente.

Fixo o regime semiaberto para a hipótese de descumprimento das penas restritivas de direito, à vista das circunstâncias judiciais desfavoráveis mencionadas na primeira fase de fixação de pena, nos moldes do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Em razão da substituição da pena, revogo a prisão preventiva anteriormente decretada." (e-STJ, fls. 258-260).

O acórdão impugnado, por sua vez, assim se manifestou:

"No tocante à dosimetria da pequeno reparo a ser feito.

**Na primeira fase, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, de fato, não são favoráveis ao apelante, conforme bem fundamento pela douta Magistrada a quo.**

O referido dispositivo legal tem por finalidade a individualização da

# Superior Tribunal de Justiça

pena, conferindo ao Magistrado sentenciante elementos que possibilitem aplicação de penas de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.

Dentre as circunstâncias judiciais previstas no aludido artigo 59, **destaca-se as circunstâncias do crime. No caso dos autos, o crime praticado pelo apelante é de gravidade mais elevada que o tipo penal prevê em abstrato, visto que o réu vinha guardando a arma de fogo em sua residência há cerca de 10 anos e, conforme laudo pericial de fls. 127/129, a arma produziu disparos recentemente, ou seja, o apelante não só guardava a arma em sua residência, mas também a utilizava, denotando maior reprovabilidade da conduta do apelante.**

No entanto, entende-se excessivo o aumento estabelecido na r. sentença, de modo que fixo a pena-base 1/6 acima do mínimo legal, qual seja 01 ano e 02 meses de detenção e 11 dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a atenuante genérica da confissão, as penas retornaram ao patamar mínimo de 01 ano de detenção e pagamento de 10 dias-multa, que foram fixadas como definitivas em razão de ausência de causas de aumento ou diminuição.

Em observância ao artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial semiaberto fixado na r. sentença deve ser mantido, visto ser o que se mostra mais adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Por fim, preenchidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, a MM. Juíza de primeiro grau substituiu a pena corpórea por restritiva de direitos, nos termos constantes r. sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base, sem consequência na pena final, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida." (e-STJ, fls. 319-321).

O fato de o réu possuir a referida arma de fogo há mais de 10 anos, bem como de tê-la disparado recentemente não se apresentam como fundamentos aptos para exasperar a sanção básica e, conseqüentemente, fixar o regime mais grave.

Desse modo, à mingua de fundamentação concreta e idônea, deve ser decotada a valoração negativa das circunstâncias do crime.

Passa-se assim à dosimetria da pena.

Na etapa inicial, ausente qualquer circunstância judicial do art. 59 do CP negativamente considerada, fixa-se a pena-base no mínimo legal de 1 ano.

Na segunda fase, reconhecida a atenuante genérica da confissão espontânea. Todavia, tendo em vista que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula 231/STJ), fica mantida a pena de 1 ano de detenção e de 10 dias-multa, a qual torno definitiva, em razão de ausência de causas de aumento ou diminuição.

Em observância ao artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial deve ser o aberto.

Nesse sentido:

"[...]

1. Fixada a pena-base no mínimo legal, em razão da favorabilidade das circunstâncias judiciais, tendo sido imposta reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e constatada a ausência de elementos concretos desabonadores, mostrando-se necessário o estabelecimento

# Superior Tribunal de Justiça

do modo aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

2. Agravo regimental a que se nega provimento, concedido, no entanto, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º do CPP, para cassar o acórdão impugnado e fixar o regime inicial aberto." (AgRg no AREsp 782.534/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 18/05/2016).

Por fim, preenchidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, fica mantida a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, conforme estabelecido pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, dou provimento ao recurso especial para excluir a valoração negativa das circunstâncias do crime e, em consequência, fixar o regime inicial aberto para o início de cumprimento da pena, mantida a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator