



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS

149
↑

APELAÇÃO CRIMINAL nº: 292901-1 (0000272-36.2012.8.17.1000)
Comarca Origem: Orobó - Vara Única
Apelante: ADELSON DOS SANTOS SILVA
Apelado: Ministério Público de Pernambuco
Relator: Des. Mauro Alencar de Barros
Procuradora de Justiça: Dra. Norma Mendonça Galvão de Carvalho
Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. NEGATIVA COM FUNDAMENTO NO ART. 33 § 3º CÓDIGO PENAL. MAUS ANTECEDENTES. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INADEQUAÇÃO. NÃO CUMPRIMENTO DO ACUSADO AOS REQUISITOS SUBJETIVOS DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. APELO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal nº 292901-1 (0000272-36.2012.8.17.1000) da Vara Única da Comarca de Orobó, em que figura como Apelante ADELSON DOS SANTOS SILVA, e apelado o Ministério Público de Pernambuco, acordam os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto do relator, mantendo-se a sentença em todos os seus termos.

Recife, 19 de março de 2013.

Des. MAURO ALENCAR DE BARROS
Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros

133

APELAÇÃO CRIMINAL nº: 292901-1 (0000272-36.2012.8.17.1000)

Comarca Origem: Orobó – Vara Única

Apelante: ADELSON DOS SANTOS SILVA

Apelado: Ministério Público de Pernambuco

Relator: Des. Mauro Alencar de Barros

Procuradora de Justiça: Dra. Norma Mendonça Galvão de Carvalho

Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação criminal interposta pela defesa de ADELSON DOS SANTOS SILVA, contra a sentença prolatada pelo MM Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Orobó que, julgando procedente a denúncia, o condenou pela prática do crime tipificado no art. 14 da Lei 10.826/2003 a 02 (dois) anos de reclusão em regime semi-aberto (fls. 100/102).

Em suas razões recursais, o apelante não questiona a autoria ou materialidade delitiva, mas reclama que, diante da análise das circunstâncias judiciais do art. 59, empreendida pelo magistrado na sentença, deveria ter sido imposto o regime aberto para o início do cumprimento da pena, como também permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 107/112).

O representante ministerial, em sede de contrarrazões ao apelo, destaca que o apelante responde a outro processo por crime contra a pessoa, correlato ao presente caso, de maneira que não faz jus ao cumprimento da pena em regime aberto, nem tampouco a substituição pleiteada (fls. 114/118).

A Procuradoria de Justiça em Materia Criminal, em seu Parecer, opina pelo improvimento do apelo (fls. 127/130).

É o Relatório.

À douta Revisão.

Recife, 01 de fevereiro de 2013

Des. MAURO ALENCAR DE BARROS

Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros

340

APELAÇÃO CRIMINAL nº: 292901-1 (0000272-36.2012.8.17.1000)

Comarca Origem: Orobó - Vara Única

Apelante: ADELSON DOS SANTOS SILVA

Apelado: Ministério Público de Pernambuco

Relator: Des. Mauro Alencar de Barros

Procuradora de Justiça: Dra. Norma Mendonça Galvão de Carvalho

Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

VOTO DO RELATOR

ADELSON DOS SANTOS SILVA foi condenado por manter sob sua guarda, sem a devida autorização legal, duas armas de fogo de uso permitido, sendo uma espingarda cal. 28, desmuniada, e uma espingarda artesanal tipo soca-soca, além de 18 (dezoito) cartuchos cal. 28, todos deflagrados.

Na sentença, o magistrado *a quo* fixou a pena em 02 (dois) anos, mas determinou o regime inicial semiaberto por considerá-lo o mais correto para a prevenção e reprovação do crime, pois o apelante está respondendo a outro processo na mesma Comarca por crime contra a pessoa.

Pelo mesmo motivo, negou-lhe a substituição da pena corporal por restritiva de direito, ante a ausência do requisito subjetivo, pois se trata de pessoa com personalidade voltada para o crime.

Nos arrazoados, a Defesa reclama que deveria ter sido fixado o regime aberto para o início do cumprimento da pena, como também deveria ter sido substituída a pena corporal por uma restritiva de direitos, uma vez que as circunstâncias judiciais foram favoráveis ao acusado.

Sem maiores delongas, tenho que não assiste razão ao recorrente.

O recorrente foi condenado a pena de 02 (dois) anos de reclusão, o que, em princípio, atrai a regra constante da alínea 'c' do § 2º do art. 33 (Código Penal), que estabelece o regime inicial aberto para o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos.

M



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros

345

Contudo, no § 3º do mesmo art. 33¹, o legislador optou por deixar ao arbítrio do julgador, dentro de seu prudente critério, a deliberação sobre a possibilidade ou não de converter a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo como base as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, observo que o apelante possui contra si circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente maus antecedentes em crime doloso contra a vida, fato que, também no meu entender, afasta a possibilidade de aplicação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Noutras palavras, o quadro fático exposto na sentença não recomenda a fixação de regime prisional mais brando que o semiaberto, sendo adequada e suficiente à repressão e prevenção do crime a estipulação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Pelos mesmos motivos, entendo que não cabe a substituição da pena pelo não cumprimento do acusado aos requisitos subjetivos do art. 44, III, do Código Penal.

Neste sentido:

DIREITO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - ARROMBAMENTO- ANTECEDENTES PENAIIS - REGIME PRISIONAL INICIAL SEMI - ABERTO - POSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - INADMISSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA. 1. A PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES AUTORIZA A FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP). A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL CONCERNENTE AOS MAUS ANTECEDENTES INVIABILIZA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. 3. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJDF AC 0065003-54.2005.807.0001, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Julg: 26/04/2012, 3ª Turma Criminal, Publ: 02/05/2012, DJ-e Pág. 195)

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo.

É como voto.

Recife, 19 de fevereiro de 2013.

Des. Mauro Alencar de Barros

Relator

¹ Art. 33 - § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.



342

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE - CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

APELAÇÃO CRIME Nº 0000272-36.2012.8.17.1000 (292901-1)

APELANTE: Adelson dos Santos Silva

APELADO: Ministério Público de Pernambuco

ORIGEM: Orobó (Vara Única)

RELATOR: Des. Mauro Alencar de Barros.

REVISOR: Des. Antonio Carlos Alves da Silva.

PROCURADOR DE JUSTIÇA: Dra. Norma Mendonça Galvão de Carvalho

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

VOTO DO REVISOR

Adelson dos Santos Silva, qualificado às fls. 02 dos autos, insurge-se contra sentença prolatada pelo Juízo *a quo*, que o condenou à pena definitiva de 02 (dois) anos de reclusão a ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto, pela prática delitiva capitulada no artigo 14 da lei 10.826/03.

Inconformado, o apelante ingressou com o presente recurso insurgindo-se, em suas razões recursais (fls. 106/112), contra o regime prisional que lhe foi imposto imerecidamente, semiaberto, para que seja modificado para o aberto já que estão presentes os pressupostos legais e subjetivos para haver a alteração. Requereu, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a aplicação da suspensão condicional do processo.

O ilustre Promotor de Justiça apresentou contra-razões recursais, às fls. 114/118, pugnando pelo não provimento do recurso e, conseqüentemente, pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se, pelo não provimento do recurso (fls. 127/130).

Como o recurso não discute os aspectos vinculados à autoria e materialidade do delito, reporto-me exclusivamente ao trecho da sentença de fls. 100/102, em que o juiz *a quo* assim se manifestou:

"Atendendo à culpabilidade, sem maiores informações, aos antecedentes, sem antecedentes criminais, à conduta social, sem informações, à personalidade, desajustada; aos motivos, inexistentes; às circunstâncias, sem maiores implicações, às conseqüências do crime, sem outras implicações, e conforme o disposto no art. 59 do Código Penal, e art. 14 da Lei 10.826/2003 fixo a pena base em 2 (dois) anos de reclusão, em regime semi-aberto.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar.

Fixo a pena em definitivo em 2 (anos) anos de reclusão.

Deixo de aplicar a substituição da pena de 2 (dois) anos de reclusão pela restritiva de direitos do réu, nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal, em razão da conduta social do réu e personalidade do apenado serem desajustadas pelo envolvimento do apenado em crime praticado com violência contra a pessoa.

Deixo de aplicar a suspensão condicional da pena de 2 (dois) anos de reclusão, nos termos do art. 77, II, do Código Penal, ante a conduta social e personalidade não recomendável do apenado."

Sabe-se que o regime inicial depende de dois fatores diferentes e fundamentais: a) da quantidade da pena aplicada (art. 33, § 2º, alíneas a, b, e c, do CP); e b) das condições pessoais do condenado (art. 33, § 3º, e 59, do CP). Tais critérios são conjuntamente analisados e indicadores do estabelecimento do regime inicial.



343

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE – CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

Ou seja, *"o estabelecimento do regime prisional não constitui simples decorrência da quantidade da pena imposta, reclamando, igualmente, o sopesamento dos fatores mencionados no art. 59 do Código Penal, dentre os quais figura a personalidade do agente"* (JTJ 188/315).

Conforme se depreende dos autos, apesar do magistrado ter considerado algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, o mesmo entendeu pela fixação da pena no seu mínimo legal, qual seja 02(dois) anos, e a tornou definitiva em face da ausência de agravantes/atenuantes e de causa de aumento/diminuição.

Porém, deixou de substituir a pena corporal por restritiva de direitos ou aplicar o *sursis* em razão do envolvimento do apelante em um crime praticado com violência contra a pessoa, tentativa de homicídio.

Ocorre que, em consulta ao sistema do TJPE, "Judwin", verifiquei que o processo encontra-se em fase de pronúncia, ou seja, o réu sequer foi condenado. Sendo assim, não há que se falar em antecedentes criminais já que o processo não transitou em julgado.

Esse é o entendimento do STJ, que, inclusive, encontra-se sumulado:

Súmula 444: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

É de assaz importância ressaltar, também, que o Douto Julgador fixou a pena-base no mínimo legal e a tornou definitiva. Logo, não poderia ter estabelecido o regime semiaberto uma vez que as circunstâncias são em sua maioria favoráveis, a pena foi fixada no mínimo legal e o apelante não possui antecedentes criminais.

Nesse sentido destaco julgados do STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO. REGIME INICIAL DECUMPRIMENTO DE PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENAL-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. 4401. Considerando a quantidade de pena imposta, as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do paciente, inexistente óbice ao estabelecimento do regime inicial aberto. Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (198310 SP 2011/0037689-1, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 01/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2012, undefined)

"HABEAS CORPUS. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENAL-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL PELO TRIBUNAL A QUO. SUBSTITUIÇÃO DA PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. INADMISSIBILIDADE. PENAL-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. 33§§ 2.º 3.º C.C. 59CÓDIGO PENAL 4401. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta

21



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE – CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

Corte.33c.c59Código Penal2. Restando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve ser convertida a pena privativa de liberdade do Paciente em restritiva de direitos. Precedentes.44Código Penal3. Ordem concedida para, reformando o acórdão recorrido, determinar a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, ficando a cargo do Juízo das Execuções Criminais a sua implementação." (139675 SP 2009/0118802-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 27/05/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2010, undefined)

Muito embora seja pacífico o entendimento jurisprudencial de que é possível, em face do disposto no art. 59, inciso III, do CP, a fixação de regime inicial mais severo do que o estipulado pelo art. 33 do mesmo Estatuto, tal decisão há de ser fundamentada, com indicação dos motivos de fato e de direito nos quais a sentença se apóia.

No caso, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, demonstra a possibilidade de se fixar regime inicial aberto, uma vez que a maioria das circunstâncias judiciais foram favoráveis ao Apelante.

Assim, em que pese a pena privativa de liberdade imposta ao recorrente não ultrapassar quatro anos, vez que fixada definitivamente em 02 (dois) anos, considerando que as circunstâncias judiciais, em sua maioria, são favoráveis, bem como a inexistência de antecedentes criminais, torna-se necessária a modificação do regime inicial semiaberto para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c e do Código Penal.

Porém, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em duas prestações de serviços gratuitos à comunidade, pelo período de 01 (um) ano cada uma, à razão de 08(oito) horas semanais, considerando-se 01 (uma) hora por dia de condenação, fixada de modo a não lhe prejudicar a jornada de trabalho, em local a ser determinado pelo juízo da execução penal.

Dessa forma, dou provimento ao recurso de apelação, para modificação do regime inicial semiaberto para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c e do Código Penal. Porém, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em duas prestações de serviços gratuitos à comunidade, pelo período de 01 (um) ano cada uma, à razão de 08(oito) horas semanais, considerando-se 01 (uma) hora por dia de condenação, fixada de modo a não lhe prejudicar a jornada de trabalho, em local a ser determinado pelo juízo da execução penal, mantendo incólume os demais termos do decreto condenatório proferido pelo juízo *a quo*.

É como voto.

Recife, 19 de março de 2013.

Des. Antônio Carlos Alves da Silva
Revisor



146

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - 19.03.2013
APELAÇÃO Nº 292901-1 - OROBÓ
APELANTE: ADELSON DOS SANTOS SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
RELATOR: DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS
REVISOR: DESEMBARGADOR ANTÔNIO CARLOS DA SILVA

RELATÓRIO ÀS FLS. 133 DOS AUTOS.

VOTO DO RELATOR ÀS FLS. 140/141 DOS AUTOS.

VOTO DO REVISOR ÀS FLS. 142/144 DOS AUTOS.

DESEMBARGADOR ANTÔNIO DE MELO E LIMA (PRESIDENTE)

A turma está em divergência. Pedindo vênias ao eminente Revisor, acompanho o voto do eminente Relator, para negar provimento ao recurso.

DECISÃO:

"POR MAIORIA DE VOTOS, NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO. TUDO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR."
