

**Disparo de arma de fogo - Fixação da pena -
Maus antecedentes - Reincidência - *Bis in idem* -
Não-ocorrência - Confissão espontânea -
Circunstância atenuante - Circunstância
agravante - Compensação - Possibilidade -
Regime de cumprimento de pena -
Regime semi-aberto**

Ementa: Penal. Disparo de arma de fogo. Afastamento da reincidência. *Bis in idem*. Inocorrência. Compensação com a atenuante da confissão espontânea mantida. Alteração do regime fechado para o aberto. Impossibilidade. Acusado reincidente. Súmula 269 do STJ. Fixação do regime semi-aberto. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- Não há falar em afastamento da agravante da reincidência, na segunda fase de aplicação da pena, se o magistrado não a considerou para a fixação da pena-base, deixando de incorrer no alegado *bis in idem*.

- Reconhecida a atenuante da confissão espontânea, deve esta ser compensada com a agravante da reincidência na segunda fase da fixação das penas.

- A interpretação do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º conjuntamente com o art. 59 do Código Penal permite a fixação de regime prisional mais severo somente se as circunstâncias judiciais forem extremamente desfavoráveis ao acusado.

- O regime de cumprimento de pena, para o réu reincidente, poderá ser o semi-aberto, conforme se extrai da leitura do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal Brasileiro e da Súmula 269 do STJ.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0686.05.167232-3/001 -
Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Altair Pereira dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEDRO VERGARA**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 18 de novembro de 2008. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Altair

Pereira dos Santos como incurso nas sanções do art. 15 (disparo de arma de fogo) da Lei nº 10.826/2003.

Narra a denúncia que, no dia 30 de outubro de 2005, por volta das 20 horas, no local denominado Córrego Criciúma, localizado na Cabeceira do Cedro, na zona rural do Município de Teófilo Otoni, o apelante efetuou disparo de arma de fogo em lugar habitado, tudo como consta do anexo inquérito policial (f. 02/03).

Recebida a denúncia, o apelante foi devidamente citado e, interrogado, apresentando a defesa preliminar de f. 43, seguindo-se a instrução com a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes (f. 39, 41/41-v., 42/42-v. e 65/67).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a condenação nos termos da inicial, rogando a defesa a absolvição ou, alternativamente, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (f. 68/71 e 72/76).

Proferida a sentença, foi o recorrente condenado nas sanções do art. 15 da Lei 10.826/03, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, no regime fechado (f. 77/80).

Inconformada com a decisão, recorreu a defesa, objetivando a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção corporal e o afastamento da agravante da reincidência, rogando o Órgão Ministerial a manutenção da sentença condenatória, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 85/89, 90/93 e 97/99).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade. Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

II - Das preliminares. Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - Do mérito. Cuida-se de delito de disparo de arma de fogo, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 15 da Lei 10.826/2003.

Cinge-se a questão à análise da possibilidade do afastamento da agravante da reincidência e da fixação do regime aberto para cumprimento da sanção corporal.

Não se insurge o apelante contra a condenação, sendo assim incontroversas a autoria e a materialidade do delito.

Quanto ao afastamento da agravante da reincidência, razão não assiste à defesa, visto que inexistente, *in casu*, o alegado *bis in idem*.

A reincidência caracteriza-se, de acordo com o Código Penal, em seu art. 63, "quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que no País ou no estrangeiro o tenha condenado por crime anterior".

Registro, *venia permissa*, que comungo do entendimento de que é possível o reconhecimento de maus antecedentes e da reincidência concomitantemente, sem

que tal constitua *bis in idem*, desde que o agente registre, em seu desfavor, mais de uma condenação transitada em julgado.

Todavia, as certidões de antecedentes criminais do apelante, acostadas às f. 31/32 e 33 dos autos, atestam apenas 1 (uma) condenação com trânsito em julgado anteriormente ao fato, (processo nº 068601019657-0), sendo certo que ela deverá ser considerada para fins da reincidência, não estando apta a configurar seus maus antecedentes, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

Compulsando os autos, entretanto, verifica-se que o digno Magistrado sentenciante, ao analisar as circunstâncias judiciais, ressaltou quanto aos antecedentes que o recorrente era reincidente, “o que constitui circunstância agravante”, fixando a pena-base no mínimo legal, em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa (f. 78).

Entendo que agiu com acerto o MM. Juiz *a quo* já que, em relação aos antecedentes penais, há realmente registro de sentença condenatória transitada em julgado do apelante, que, no entanto, gera reincidência, não sendo considerada no momento da aplicação da pena-base, evitando-se, assim, o alegado *bis in idem*.

Ressalte-se ainda que, na segunda fase da dosimetria, também agiu com acerto o il. Magistrado primeiro ao compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Estabelece o art. 67 do Código Penal, *in verbis*:

No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultem de motivo determinante do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Em que pese haver entendimento jurisprudencial no sentido de se auferir superpreponderância à confissão espontânea, entendo que a literal disposição do artigo acima transcrito não permite atribuir esse efeito à referida atenuante.

Neste particular, colaciono brilhante aresto:

Segundo reiterado entendimento jurisprudencial, verificando-se a presença da atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência, sendo ambas de cunho subjetivo, devem as mesmas ser compensadas, sob pena de injusto agravamento da pena do acusado. (Apelação Criminal nº 2.0000.00.477441-8/000, Rel. Des. Vieira de Brito, 5ª Câmara Criminal do TJMG, DJ de 04.02.2006).

Ao final, também não assiste razão ao apelante ao pleitear a alteração do regime de cumprimento da reprimenda para o aberto, uma vez que é reincidente, conforme atesta sua certidão de antecedentes criminais de f. 31/32.

Determina, entretanto, o art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal que “o condenado não reincidente, cuja

pena seja superior a quatro e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto” e, a alínea c do mesmo parágrafo preceitua que “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”.

Não bastasse isto, dispõe a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça que

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Se por um lado, portanto, o regime aberto não se afigure possível ao caso do apelante em razão de sua reincidência, por outro não se pode negar-lhe o semi-aberto, já que a pena-base foi fixada no mínimo legal em atenção à análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência:

O disposto no art. 33, § 2º, alíneas a e c, do Código Penal impõe o regime inicial fechado ao réu reincidente. Há porém que se atender às particularidades do caso, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena. É fundamental observar os requisitos objetivos e subjetivos mesmo quando tratar-se da reincidência. Não há por que dar ao réu, que não demonstra possuir grau de culpa intensa, cuja personalidade e conduta não revelam traços de periculosidade ou de temerabilidade social, o mesmo tratamento dado a quem é participante de criminalidade de alta periculosidade. (STJ, REsp 187. 881/SP, Rel. Cernicchiaro, 6ª T., 20.04.1999, v.u., DJ de 21.06.1999, p. 208.)

Penal - Regime prisional - Réu reincidente - Pena privativa de liberdade inferior a quatro anos - Regime prisional semi-aberto. - Tendo sido consubstanciada a pena privativa de liberdade em *quantum* inferior a quatro anos, ainda que seja reincidente o réu, é recomendável que seja fixado o regime semi-aberto. Recurso ministerial parcialmente provido. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0116.04.000632-6/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, publicado aos 11.03.2006.)

Fixo, portanto, o regime semi-aberto para o cumprimento da reprimenda corporal.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso apenas para alterar o regime prisional para o semi-aberto, mantidas as demais cominações legais.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...