

RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.916 - SP (2018/0340306-1)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : MARCELO DA SILVA CAMILO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MILENA JACKELINE REIS - DEFENSORA PÚBLICA -
PR041084
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. RECEPÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTS. 44, § 2º, DO CP; E 381, III, DO CPP. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA. REQUISITOS SUBJETIVOS. MEDIDA APLICADA, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, DISPOSTA COMO SUFICIENTE À REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. REVISÃO. INVIABILIDADE. Recurso especial desprovido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Marcelo da Silva Camilo**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 0090200-78.2015.8.26.0050.

Consta dos autos que, na sentença de fls. 89/92, o Juízo de primeiro grau condenou o recorrente à pena privativa de liberdade de 1 ano e 2 meses de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos, mais pagamento de 11 dias-multa, como incurso nas iras do art. 180, *caput*, do Código Penal.

Inconformadas com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 105/109).

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso defensivo para, tão-somente, fixar a pena-base no mínimo legal, substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, preservados os demais termos da sentença (fls. 139/151).

APELAÇÃO - Recepção - Sentença condenatória - Apelação do réu tão

somente contra a pena-base fixada em primeira instância - Defesa requer a fixação no piso legal, com a posterior substituição da pena privativa de liberdade por multa, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal - Parcial cabimento - Réu primário - Condenação não definitiva não configura maus antecedentes - Inteligência da Súmula 444 do Col. STJ - Pena-base que deve ser fixada no mínimo legal - Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por multa - Imposição da prestação de serviços que se mostra mais adequada, suficiente e necessária à prevenção e reprovação do crime - Não se pode olvidar que a pena restritiva de direitos aplicada (prestação de serviços à comunidade) não deixa de ter caráter sancionatório e, assim, não cabe ao réu escolher as penas que prefere cumprir, conforme sua conveniência - Precedentes desta Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, em casos análogos - Sentença condenatória parcialmente reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Opostos embargos de declaração (fls. 155/158), foram rejeitados (fls. 165/176).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Defesa sustenta que o v. aresto embargado é omisso, sob o argumento de que esta Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal não apreciou o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por multa, violando as disposições contidas no artigo 44 do Código Penal, artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal - Rejeição - Artigo 619 do Código de Processo Penal - Cabimento contra qualquer decisão judicial para sanar obscuridade, ambiguidade, contradição ou para suprir omissão de questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz, de ofício ou a requerimento - Caso concreto - Inexistência de quaisquer destes vícios na decisão impugnada - Acórdão que foi claro e abordou todos os pontos relativos à controvérsia - Caráter eminentemente infringente deste recurso - O julgador não é obrigado a rebater cada um dos argumentos ventilados no recurso, bastando que, pela motivação apresentada, seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

No presente recurso especial, aponta o recorrente a violação dos arts. 44, § 2º, do Código Penal, e 381 III, do Código de Processo penal, porque *o v. acórdão entendeu por manter a substituição a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consistente na limitação de final de semana, pois essa medida seria a mais adequada à reprovação e prevenção do crime em questão* (fls. 183/184).

Assevera que a devida fundamentação dos atos jurisdicionais traz como principal consequência a limitação dos poderes atribuídos aos juízes e, ainda, é corolária do princípio da legalidade, uma vez que, ao expor os motivos do seu convencimento, o julgador revela seu cumprimento ao ordenamento pátrio, não decidindo contra legem ou além de suas funções. [...] Dessa forma, mais do que apenas tratamento técnico - uma vez que somente através do conhecimento das razões trazidas no bojo da decisão é que se permitirá à parte, realmente, decidir pela impugnação ou não da decisão - tem-se, com a devida fundação, atendida a garantia contra decisões arbitrárias (fl. 184).

Reitera que o v. acórdão contraditoriamente manteve a pena base no mínimo legal, mas negou a aplicação da substituição da pena carcerária por apenas a pena de multa, uma vez que a pena privativa de liberdade foi de apenas 01 (um) ano e o ora recorrente é primário e dotado de 'bons antecedentes'. [...] Quando da análise da culpabilidade, na fixação da pena base, o v. acórdão, aplicou no mínimo legal, indicando assim que todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, inclusive a culpabilidade. O recorrente não pode ter negado o direito a substituição apenas de multa tendo por fundamento que a pena restritiva de direito se mostra mais adequada e necessária à reprovação do delito em questão. [...] O v. acórdão não fundamento em relação ao caso concreto pelo qual foi aplicada pena restritiva ao invés de multa, mais indicada ao caso (fl. 185).

Pede o conhecimento e provimento do recurso para que seja aplicado ao recorrente apenas a pena de multa, já que primário, circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e foi imposta pena de um ano a pena privativa de liberdade.

Oferecidas contrarrazões (fls. 193/198), o recurso especial foi admitido na origem (fl. 201).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento da insurgência (fls. 210/213).

RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA DE MULTA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

Razão não assiste ao recorrente.

Quanto ao tema proposto no presente recurso especial, o Tribunal paulista expôs as seguintes razões (fls. 148/149 – grifo nosso):

[...]

Daí porque a pena deve retornar ao mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, **sendo cabível a substituição da privativa de liberdade por 1 (uma) restritiva de direitos, qual seja, prestação de serviços à-comunidade, pelo prazo da carcerária, a teor do artigo 44, § 2º, do Código Penal.**

Não se pode olvidar que a pena restritiva de direitos aplicada não deixa de ter caráter sancionatório, mostrando-se adequada e necessária à reprovação e prevenção do crime, não cabendo ao réu escolher as penas que prefere cumprir, conforme sua conveniência. Assim, não há que se cogitar a substituição da pena privativa de liberdade por multa, tal como postulado pela defesa.

[...]

Com efeito, a Corte de origem entendeu que a medida aplicada, **prestação de serviços à comunidade, seria a socialmente recomendável, suficiente para a prevenção e repressão do delito.**

Dessa maneira, tem-se que *as instâncias ordinárias mantiveram-se adstritas ao quanto disposto no art. 44, § 2º, do Código Penal, o qual consigna ao arbítrio do julgador substituir a pena privativa de liberdade por multa ou pena restritiva de direitos* (AgRg no HC 470.934/SC, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 9/11/2018 – grifei).

A corroborar:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PENA SUPERIOR A 1 ANO DE RECLUSÃO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O art. 44 do Código Penal exige que a pena privativa de liberdade fixada para crime doloso sem violência ou grave ameaça a pessoa não seja superior a 4 anos, que o réu não seja reincidente em crimes dolosos, bem como que as circunstâncias judiciais tenham sido favoravelmente valoradas.

3. No caso, o paciente adimpliu os requisitos legais, porquanto é primário, a pena definitiva foi estabelecida em 3 anos de reclusão, e a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo, pois, de rigor a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal. **Entrementes, a escolha dentre as opções traçadas pelo legislador enquadram-se na discricionariedade regradada do julgador, motivo pelo qual não se vislumbra qualquer ilegalidade a ser sanada na via do *writ*.** Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 390.689/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 6/10/2017 – grifo nosso).

Diante do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator