

# Superior Tribunal de Justiça

## AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.520.352 - SP (2019/0168460-8)

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**AGRAVANTE** : ALBERTO SAKON ISHIKIZO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
DIOGO CESAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR AUSÊNCIA DE DOLO. ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE DIANTE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. COM OBSERVÂNCIA DA INTELECÇÃO DO ENUNCIADO N.º 171 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PROVIMENTO.

### DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por ALBERTO SAKON ISHIKIZO contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial manifestado contra acórdão prolatado na Apelação Criminal n.º 0008851-44.2014.8.26.0032.

Consta dos autos que o Agravante foi sentenciado à pena de 6 (seis) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pela prática de difamação e injúria, nos termos dos arts. 139 e 140, ambos do Código Penal.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento.

No recurso especial, interposto com respaldo no art. 105, inciso III, alínea *a* da Constituição da República, a Defesa busca a absolvição dos delitos, sob alegação de ser incontestes a "*ausência de dolo em ofender a honra da vítima*" (fl. 476).

Outrossim, sustenta ser cabível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (fl. 484).

Contrarrazões apresentadas às fls. 491-497.

# *Superior Tribunal de Justiça*

A Corte de origem não admitiu o recurso especial, motivo pelo qual subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça por intermédio do presente agravo, em que o Agravante pugna pelo acolhimento da insurgência, a fim de que seja admitido e provido o recurso excepcional.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo, em parecer que recebeu a seguinte ementa (fl. 532):

**"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 139, CAPUT, E 140, CAPUT, AMBOS DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PARECER PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO AGRAVO."**

É o relatório. Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou o fundamento da decisão recorrida, razão pela qual comporta conhecimento. Todavia, o recurso excepcional deve ser parcialmente conhecido, tendo em vista **o necessário reexame fático**.

De início, segundo manifestações reiteradas no âmbito deste Superior Tribunal, anoto que:

*"A prática de atos pelo advogado submete-se e restringe-se ao exame da estrita legalidade, não podendo ser invocada a imunidade profissional, que não é absoluta, para respaldar o cometimento de eventuais atos ilícitos, pois, do contrário, apresentar-se-ia de modo inconciliável com a dignidade da profissão, atentando contra todo o conjunto normativo que lhe rege o exercício regular e legítimo" (RHC 47.013/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 27/02/2015.)*

Ao manter o Juízo condenatório pela prática dos crimes contra a honra (difamação e injúria), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo lançou a seguinte fundamentação (fl. 457):

*"[...] não é razoável dizer que as condutas atribuídas a ALBERTO são atípicas, e nem que ele não estivesse imbuído de animus injuriandi vel diffamandi, ao assacar, descabidamente, expressões tão ofensivas e deselegantes à honra da Juíza de Direito, apenas porque não obteve ganho de causa."*

Na espécie, para acolher a tese de ausência de dolo e desconstituir a conclusão do Tribunal de origem, que reconheceu a existência de consciência e vontade de praticar os delitos contra a honra da Vítima, seria inevitável reexaminar o arcabouço

# Superior Tribunal de Justiça

probatório, desiderato esse incabível nesta via, conforme o Enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte, *litteris*:

*"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."*

Ilustrativamente:

*"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ARTS. 140, § 3º, E 141, III, AMBOS DO CP. INJÚRIA QUALIFICADA. DOLO ESPECÍFICO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. PRESENÇA DE ANIMUS INJURIANDI. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.*

*1. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, para a configuração dos crimes previstos nos arts. 139 e 140, ambos do Código Penal – difamação e injúria –, é necessária a presença do elemento subjetivo do tipo, consistente no dolo específico, que é a intenção de ofender a honra alheia.*

*2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, entenderam que as expressões utilizadas pela ré demonstram a presença do animus injuriandi, não havendo falar em ausência de dolo específico.*

*[...]*

*4. O pleito de absolvição por ausência de dolo específico importa o reexame de fatos e provas, providência inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.*

*[...]*

*7. Agravo regimental improvido." (AgInt no REsp 1.548.520/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 22/06/2016.)*

*"REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.*

*1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, eventual comportamento ilícito adotado pelo advogado que exceda os limites do exercício de suas atividades profissionais, não está acobertado pela imunidade que lhe é conferida por lei, sendo passível de punição. Precedentes.*

*2. A desconstituição do julgado por suposta negativa de vigência ao art. 142, inciso I, do CP, no intuito de abrigar o pleito absolutório, não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Superior Tribunal de Justiça aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias e incabível em recurso especial, conforme já assentado pela Súmula n. 7 desta Corte Superior.*

# Superior Tribunal de Justiça

3. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg nos EDcl no AREsp 683.826/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 11/10/2017.)

Por outro lado, em relação à pretendida conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, assiste razão ao Agravante.

Com efeito, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando estiverem preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam:

*"I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;*

*II – o réu não for reincidente em crime doloso;*

*III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."*

No caso em apreço, assim foi individualizada a pena imposta ao Agravante, *in verbis* (fls. 372-373; sem grifos no original):

*"O acusado é primário e não ostenta maus antecedentes, embora possua outros processos em andamento, um deles por fato semelhante contra a mesma vítima, e outro por posse de arma de fogo. Logo, não há como se deixar de reconhecer que as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis e autorizam a fixação das penas-bases em seus mínimos legais, quais sejam, 03 (três) meses de detenção, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, para cada um dos crimes de difamação, e 01 (um) mês de detenção para cada um dos crimes de injúria, observando-se, quanto a este último crime, que a pena exclusiva de multa seria manifestamente insuficiente para repressão e prevenção dos delitos, frente ao histórico envolvendo as partes.*

*Na segunda fase, não há circunstâncias atenuantes nem agravantes a serem aplicadas.*

*Na terceira fase, não há causas de diminuição de pena a serem consideradas. No entanto, quer para os dois crimes de difamação, quer para os dois crimes de injúria, presente a causa de aumento prevista no artigo 141, inciso II, do Código Penal, vez que os delitos foram praticados contra funcionária pública no exercício de sua função de magistrada e em razão dela.*

[...]

*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva penal contra ALBERTO SAKON ISHIKIZO, para CONDENAR o acusado ao cumprimento da pena de 06 (seis) meses e 06 (seis) dias de detenção [...]*

*Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por*

# Superior Tribunal de Justiça

*restritivas de direito. Como já visto acima, ao acusado foi proposta, inicialmente, a transação penal (entrega de cestas básicas), mas, apesar de tê-la aceito, não a cumpriu, ensejando o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Mesmo após a denúncia, a acusação ofereceu novo benefício ao acusado, desta vez a suspensão condicional do processo, a qual, embora aceita pelo, acabou também sendo revogada porque, no decorrer do prazo, o réu deixou de comparecer mensalmente por várias vezes, sem apresentar justificativas."*

Logo, a despeito dos fundamentos lançados para não converter a pena reclusiva, considerando o *quantum* da condenação (6 meses e 6 dias de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais, permite-se a substituição da pena privativa de liberdade por **uma pena restritiva de direito**, considerando a intelecção do Enunciado n.º 171 desta Corte, do seguinte teor: "*Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.*"

Isso porque "[s]e ao tipo penal é cominada pena de multa cumulativa com a pena privativa de liberdade substituída, não se mostra socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva prevista no art. 44, § 2º, 2ª parte do Código Penal" (AgRg no HC 415.618/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 04/06/2018).

A propósito, em relação à possibilidade de conversão, confira-se:

"[...]

4. O quantum da condenação (3 anos de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem aos pacientes iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

5. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. Em consequência, não há mais que se falar em execução provisória de penas restritivas de direitos." (HC 521.935/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019.)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, DAR-LHE PROVIMENTO, a fim de substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, a ser

# *Superior Tribunal de Justiça*

escolhida pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora

