

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.567.738 - SP (2019/0253082-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **ROGERIO LUIS FUZARO**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
BRUNO VINICIUS STOPPA CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO
- SP320632
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por ROGERIO LUIS FUZARO contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial interposto com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional.

Depreende-se dos autos que o ora agravante foi condenado, como incurso nas sanções do art. 180, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 11 dias-multa (e-STJ fls. 207/210).

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, conforme a seguinte ementa (e-STJ fl. 297):

APELAÇÃO. Receptação. Recurso defensivo. Insuficiência probatória. Inocorrência. Conjunto probatório harmônico e coeso, que comprova a materialidade e autoria do delito. Pena e regime prisional fixados de forma adequada, considerada a reincidência do réu. Recurso improvido.

Nas razões do recurso especial, a defesa apontou violação ao art. 44, *caput* e § 3º, do Código Penal, insurgindo-se contra a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contrarrazões às e-STJ fls. 338/342.

Inadmitido pelo Tribunal de origem, o recurso subiu a esta Corte por meio de agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **desprovimento do agravo** (e-STJ fls. 391/393).

É, em síntese, o relatório.

Decido.

Não há reparos a se efetuar na negativa da substituição da pena privativa de liberdade.

O Tribunal de origem, no ponto, manifestou-se nos seguintes termos (e-STJ fl. 307):

Por fim, nada obstante o *quantum* de pena imposta, por se tratar de apelante reincidente e portador de maus antecedentes, não preenche os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como para a concessão de *sursis*.

O entendimento desta Corte consolidou-se no sentido de que, "*presente circunstância judicial desfavorável, a qual justificou o estabelecimento da pena-base acima do piso, a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos não é recomendável à espécie, ainda que o montante da pena atenda ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP*" (HC n. 361.623/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016).

Desse modo, na hipótese em julgamento, **os maus antecedentes do acusado somados à reincidência** impedem a substituição pleiteada, já que tais circunstâncias evidenciam que a medida não é socialmente recomendável, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR CRIME PRATICADO ANTES DA DENÚNCIA OBJETO DESTE RECLAMO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e impedir a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois diz respeito ao histórico do apenado (art. 44, III, do CP).

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.486.797/GO,

Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 15/05/2015.)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL DOS MAUS ANTECEDENTES. TESE DE NE BIS IN IDEM. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O acórdão combatido esta de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois, no caso, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, porquanto inadimplido o inciso III do art. 44 do Código Penal, devido a existência de circunstância judicial desabonadora dos maus antecedentes.

2. Ademais, "a pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (RHC 66.436/SP, FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 06/05/2016).

3. Quanto à tese de existência de ne bis in idem, alegando terem sido utilizados os mesmos fundamentos para fixar o regime mais gravoso e indeferir a substituição da pena, verifica-se que esse pleito não foi aventado em recurso de apelação às fls. 219-223 (e-STJ), o que não se admite nos embargos de declaração, por constituir inovação recursal, carecendo, portanto, a matéria do necessário prequestionamento.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 955.835/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. INSURGÊNCIA QUANTO A PEDIDO ACOLHIDO NO DECISUM SINGULAR. INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA. [...] EMBRIAGUEZ AO CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE EM PERCENTUAL ACIMA DO LIMITE LEGAL. TIPICIDADE. IRRETROATIVIDADE DA LEI N. 12.760/12. [...] CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. [...]

SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. NÃO CABIMENTO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que a substituição da pena corporal deve atender aos requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos no art. 44 do CP.

2. Na espécie, não obstante o quantum da pena imposta seja inferior a 4 anos, o que atende ao requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do CP, trata-se de agravante reincidente e com a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos antecedentes criminais, não se encontrando presentes as condições firmadas nos incisos II e III do referido dispositivo legal.

3. Tendo sido considerado, a partir da análise das circunstâncias concretas do caso, que a medida não se mostra suficiente ou socialmente recomendável, se afigura incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, § 3º, do Estatuto Repressivo.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.589.304/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA PARA MAJORAR A PENA-BASE. DUAS QUALIFICADORAS, SENDO UMA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE DE DOSIMETRIA. PENA ABAIXO DE 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. Embora o agravante tenha sido condenado a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a presença de circunstância judicial desfavorável e da reincidência também são fundamentos idôneos para fixar o regime semiaberto e *indeferir o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas*, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, II e III, do Código Penal.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no AREsp 444.164/SC, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Desembargador convocado do TJ/SP, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 2/2/2015, grifei.)

Superior Tribunal de Justiça

Verifica-se, assim, que, de fato, o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça.

Ante o exposto, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator