AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.596.843 - SP (2019/0298989-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE	:	JEFERSON DE OLIVEIRA RODRIGUES DA SILVA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO HAMILTON NETO FUNCHAL - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIORES POR POSSE DE DROGAS E TRÁFICO PRIVILEGIADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, § 3º, DO CP. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado por **JEFERSON DE OLIVEIRA RODRIGUES DA SILVA** em face da decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o juízo singular condenou o agravante como incurso nas sanções do art. 12 da Lei nº 10.826/2003, à pena de **1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de detenção**, em regime **semiaberto**, além de 12 (doze) dias-multa (fls. 157-163).

O eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo da defesa, para redimensionar a pena para **1 (um) ano de detenção**, em regime **semiaberto**, além de 10 (dez) dias-multa mantendo, no mais, a sentença condenatória.

O v. acórdão foi ementado nos seguintes termos (fl. 227):

> *"APELAÇÃO - Posse de arma de fogo de uso permitido - Materialidade e autoria demonstradas - Confissão judicial do réu corroborada pelos relatos dos policiais militares - Recurso da defesa - Atipicidade da conduta - Descabimento - Fatos ocorridos em data posterior ao prazo de entrega estabelecido pela Lei 11.922/09 - Condenação de rigor -*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4

Dosimetria da pena - Pena-base no mínimo legal - Confissão espontânea - Reconhecimento - Elemento que auxiliou na formação da convicção do magistrado - Incidência da Súmula 545 do C. STJ - Compensação com a agravante da reincidência Possibilidade - Preponderância de ambas as circunstâncias consideradas - Substituição penal - Inadmissibilidade - Requisitos legais não preenchidos - Regime inicial semiaberto mantido - Recurso parcialmente provido"

Interposto **recurso especial**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, a defesa alegou ofensa ao art. 44, § 3º, do Código Penal, ao argumento de que o acórdão recorrido carece de fundamentação idônea para a denegação do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em que pese a reincidência, consoante admitido pela norma supostamente violada, na medida em que não se trata de agravante específica.

Acrescenta que *"no caso em tela, a culpabilidade do recorrente não ultrapassou as rais do normal à espécie;* ***as circunstâncias em que o fato se deu estão a demonstrar que a expiação de sua reprimenda através de uma das penas alternativas, previstas no artt. 43 do CP, será suficiente****"* (fl. 252).

Alega que *"como demonstrado em fl. 49, a reincidência* ***NÃO É ESPECÍFICA****, uma vez que se trata de uma condenação pelo crime de tráfico de drogas. Assim,* ***deve ser*** *substituída a sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 44, § 3º, do CP, sendo medida socialmente recomendável"* (fl. 253).

Por fim, pugna pelo provimento do apelo raro, a fim de que seja determinada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 256-262), sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado: **i)** na falta de prequestionamento da matéria; **ii)** na aplicação da Súmula 7/STJ, pois a análise do acórdão recorrido implicaria revolvimento de matéria fático-probatória.

Nas razões do agravo, postula-se o processamento do recurso

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4

especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários a sua admissão (fls. 275-279).

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **desprovimento** do agravo em recurso especial (fls. 304-305).

É o relatório.

Decido.

Tendo em vista os argumentos expendidos pela parte agravante para refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem, **conheço do agravo e passo a examinar o recurso especial**.

A questão a ser analisada cinge-se a substituição da pena corporal por restritiva de direitos no presente caso. Aduz a defesa que o acórdão recorrido carece de fundamentação idônea para a denegação do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em que pese a reincidência, consoante admitido pela norma supostamente violada, na medida em que não se trata de agravante específica.

Por oportuno, transcrevo excerto da sentença condenatória (fl. 162):

"Não há dúvidas, portanto, de que JEFFERSON possuía e mantinha sob sua guarda arma de fogo de uso permitido em seu estabelecimento comercial, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sendo de rigor sua responsabilização penal, em conformidade com o artigo 12 da Lei n° 10.826/03.

O réu conta com uma condenação definitiva e geradora de reincidência por porte de entorpecentes (fls. 52/53). Realmente, apesar do artigo 28 da Lei n° 11.343/06 ter caráter despenalizador, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou para afirmar sua natureza de crime (RE 430.105 - RJ), não havendo se falar em ilegalidade na sua utilização para aplicação da agravante genérica da reincidência (HC113.645 - RJ).

Conta também com uma condenação definitiva por tráfico de drogas, geradora de reincidência (fls. 49).

Procedente a denúncia, passo a dosar sua pena.

Consideradas as diretrizes traçadas pelo artigo 59, "caput", do Código Penal, fixo a pena-base para o réu em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, tendo em vista o preceito sancionador do artigo 12 da Lei n°

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4

10.826/03. Acresço-a de 1/5 (um quinto) pelas reincidências, perfazendo a pena de 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de detenção e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no mínimo legal, tornando a pena definitiva, a míngua de outras circunstâncias modifícadoras."

Ainda, o eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 230-231):

"No tocante à dosimetria da pena, pequeno reparo a ser feito.

A pena-base foi fixada no mínimo legal e, em seguida, agravada em 1/5 pelo fato de o réu ostentar outras duas condenações definitivas anteriores caracterizadoras da reincidência (fls. 49-52/53).

Importante aqui consignar que, muito embora o d. magistrado tenha estabelecido fração de acréscimo superior ao mínimo legalmente previsto, é certo que aplicou a pena considerando a fração de 1/6, resultando em 1 ano e 02 meses de detenção, mais o pagamento de 12 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Todavia, forçoso o reconhecimento da confissão espontânea em favor do réu, em observância ao enunciado da Súmula 545 do C. Superior Tribunal de Justiça, compensando-se a agravante com a atenuante, pela preponderância de ambas as circunstâncias, de forma a resultar na pena final de 01 ano de detenção, mais o pagamento de 10 dias- multa, no valor unitário mínimo.

Consequentemente, reduz-se a reprimenda ao mínimo legal, restando definitivas ao réu 1 ano de detenção, mais o pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo.

***Por ser reincidente em crime doloso, especialmente em razão da condenação anterior por crime de tráfico de entorpecentes, o réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**. Pelos mesmos motivos, o regime inicial semiaberto mostrou-se adequado ao caso e deve ser mantido, nos termos do art. 33, §3°, do Código Penal"*

Da análise do excerto colacionado, verifico que os fundamentos invocados pelo acórdão recorrido vão de encontro ao entendimento deste Tribunal Superior quanto ao tema, senão vejamos.

De início, cumpre ressaltar o atual entendimento desta Corte quanto à impossibilidade de condenação pelo delito de porte de drogas para uso próprio - tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 -, que foi utilizada com uma das condenações configuradoras da reincidência, além da advinda pela prática do delito de tráfico de drogas, na forma da sentença condenatória

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4

(fl. 162), poder caracterizar a referida agravante, na medida em que sequer admite a privação de liberdade, ao passo que as contravenções, que não geram a reincidência, admitem a pena de prisão simples, o que vai de encontro ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido:

> *"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE PENAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PRESENÇA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *II - Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado.*
>
> ***III - De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que "se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo".***
>
> ***IV - Desta forma, constata-se que o entendimento mantido pelas instâncias ordinárias sobre o tema diverge da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, restando configurada a ilegalidade apontada.***
>
> *Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, cassando as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, a fim de determinar ao d. Juízo das execuções que proceda à retificação do cálculo das penas do paciente de forma a desconsiderar a reincidência em razão de condenação anterior*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4

pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (posse de entorpecentes para consumo próprio)."(HC 536.802/SP, **Quinta Turma**, **de minha Relatoria**, DJe 26/11/2019, grifei)

"PROCESSO PENAL. PEDIDO DE EXTENSÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INSUBSISTÊNCIA. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO. IDENTIDADE FÁTICO-PROCESSUAL. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE EXTENSÃO.

1. O Código de Processo Penal prescreve, em seu art. 580, que as decisões favoráveis a um réu devem ser estendidas aos demais quando houver identidade fático-processual.

2. No caso em tela, sobressai da fundamentação da prisão do recorrente o fato de o peticionante ostentar anotação criminal, o que em tese supedanearia a decretação da custódia cautelar e afastaria a identidade fático-processual.

3. Entretanto, a anotação criminal do peticionante diz respeito à posse ou cultivo de drogas para uso pessoal, o que não tem o condão de atestar a contumácia delitiva e, por conseguinte, distinguir a sua situação em relação a do recorrente agraciado com o provimento do recurso.

4. O "prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência" (REsp n. 1.672.654/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe de 30/8/2018).

5. Insubsistentes os motivos que ensejaram a decretação de prisão preventiva - a saber, o receio de reiteração delitiva do ora peticionante -, tornam-se idênticas as situações fático-processuais do peticionante e do recorrente, o que torna mister o deferimento do pleito.

6. Pedido de extensão deferido."(PExt no RHC 115.173/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Antônio Saldanha Palheiro**, DJe 28/10/2019, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (55,3 G DE MACONHA E 5,8 G DE COCAÍNA). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 63, CAPUT, DO CP. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DO RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4

DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESPROPORCIONALIDADE. COMBATIDO ARESTO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO.

1. Conforme disposto no decisum ora recorrido, verifica-se que o acórdão não merece reparos, porquanto as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade (HC n. 453.437/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018).

2. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado. [...] De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que "se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo" (HC n. 478.757/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/2/2019).

3. No RE n. 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. No entanto, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, não deve gerar tal efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4

ou curso educativo. Precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior (HC n. 469.705/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019).

4. Agravo regimental improvido."(AgRg no REsp 1778346/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe 3/5/2019)

Lado outro, tenho que a condenação anterior caracterizadora da reincidência se deu pelo cometimento de delito de tráfico de drogas, na forma privilegiada - art. 33, **caput** c/c § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (fl. 58) não sendo, portanto, específica, o que, aliado à favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, torna a medida socialmente recomendável no caso destes autos, ainda mais porquanto naquela condenação foi aplicada a causa especial de diminuição da pena supracitada, que evidencia a pequena gravidade dessa condenação, ao contrário do afirmado pelo **Parquet** Federal.

Quanto ao tema, confiram-se:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI N.10.826/2003. PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 44, §3º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - O porte de munição, em desacordo com as normas de regência, por se tratar de crime de perigo abstrato e de mera conduta, é suficiente para a configuração do delito tipificado no art. 14, da Lei 10.826/03, pois o que se pretende é o resguardo da segurança pública e da paz social. III - Na hipótese, não há que se falar na atipicidade material da conduta praticada ou na incidência do princípio da insignificância, independentemente da pequena quantidade de munição apreendida com o paciente.

IV - O art. 44, inciso II, do Código Penal deve ser interpretado de forma conjunta com o parágrafo 3º do mesmo dispositivo, ou seja, a substituição da pena deve ser socialmente

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4

recomendável e o réu não pode ser reincidente específico.

V - In casu, preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo a quo."(HC 475.118/SC, **Quinta Turma,** Rel. Ministro **Felix Fischer**, DJe 1/3/2019, grifei)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 183 DA LEI 9.472/1997. ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÃO. RADIODIFUSÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉ REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INOCORRÊNCIA DE CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. REINCIDÊNCIA LONGÍNQUA DECORRENTE DE CRIME DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. O Tribunal de origem entendeu incabível o deferimento da permuta legal, por ser a paciente reincidente em crime doloso, nos termos do art. 44, II, do Código Penal, contudo, o § 3º do referido dispositivo legal ressalva a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito.

5. In casu, observa-se que a condenação anterior registrada pela paciente é de natureza distinta da originária desse processo, uma vez que refere-se ao delito de estelionato, cometido em 23/3/1999, que resultou na aplicação da pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, com o deferimento do sursis do art. 78 do CP (e-STJ, fl. 25). Por conseguinte, como se trata de reincidência não específica, decorrente de fato de médio potencial ofensivo com grande afastamento temporal, praticado sem violência, há indícios que seja socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4

> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando a tutela provisória, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º do Código Penal."*(HC 480.781/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 26/2/2019)

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RÉU REINCIDENTE EM CRIME DIVERSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SANÇÃO INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. A substituição de pena é admitida inclusive ao reincidente, tanto que o art. 44, § 3º, do Código Penal permite a concessão da benesse, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito (ut, HC 445.824/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018)*
>
> *2. In casu, a pena privativa de liberdade aplicada não é superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça e, embora seja o apelante reincidente, não ostenta nenhuma circunstância judicial desfavorável e a condenação anterior não se deu em face do mesmo crime.*
>
> *3. Ademais, as instâncias de origem concluíram que a substituição da pena seria suficiente e adequada à repressão e prevenção do crime, premissa que não pode ser alterada em recurso especial, ante o óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.*
>
> *4. Agravo regimental improvido."*(AgInt no AgRg nos EDcl no AREsp 1390012/MS, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 19/02/2019)

Assim, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4

tema."

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, **c**, do Regimento Interno do STJ, **conheço do agravo** para **dar provimento ao recurso especial**, nos termos da fundamentação retro, para substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, ex vi do art. 44, § 2º, do CP, a ser definida pelo Juízo da Execução competente.

P. e I.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1B468C7E-1951-4873-83E6-899A8657BFF4