AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1660860 - RS (2020/0031207-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : PEDRO PEIXOTO
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por PEDRO PEIXOTO, contra decisão que inadmitiu o recurso especial, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta nos autos que o agravante foi condenado como incurso nas sanções do art. 184, § 2º, do CP, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 15 dias-multa. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação e o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 266):

> *APELAÇÃO -CRIME.VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL.CUMPRIMENTO DE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADES LEGAIS. MERA IRREGULARIDADE. EXAME DAS DEMAIS TESES DEFENSIVAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.Tratando-se de violação de direitos autorais, a lavratura do auto de apreensão sem observância dos preceitos legais constitui mera irregularidade. A existência de pessoas vendendo produtos ilícitos não autoriza o comportamento do réu. Preliminares rejeitadas. Condenação mantida. Pena alterada. Apelo parcialmente provido. Unânime.*

Nas razões do recurso especial a parte recorrente alega violação do artigo 44, § 3º, do CP, sustentando que "diversamente da interpretação havida, deve ser reconhecido o direito do recorrente à substituição da pena privativa de liberdade ao réu reincidente, notadamente porque a reincidência não é específica."(e-STJ fl. 284)

Afirma que "os delitos pelos quais o ora recorrente foi condenado não são da mesma espécie do delito objeto do presente processo."(e-STJ fl. 285)

Aponta que "não se tratando de reincidência específica, não há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devendo ser

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009427 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 02/04/2020 13:18:58
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 1890b320-5fcf-458e-9989-a3d849a49c27

priorizada a aplicação do instituto previsto no art. 44 do CP."(e-STJ fl. 285)

Requer o provimento do recurso a fim de que a pena privativa de liberdade do recorrente seja substituída pela pena restritiva de direitos.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 292/294), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 296/303), alegando encontrar óbice com relação ao enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

Nas razões do presente agravo, a defesa alega que "sendo manifesta a dissonância entre o entendimento firmado pelo Tribunal *a quo* e a firme jurisprudência desta Colenda Corte Superior, não se aplica à espécie o disposto na Súmula 83 do STJ, razão pela qual merece reforma a decisão agravada."(e-STJ fl. 311)

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso nos termos da ementa a seguir (e-STJ fls. 219/222):

> *AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DIREITO AUTORAL. CONDENAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INTUITO DEFENSIVO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REICIDENTE DOLOSO E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS ENCARTADOS NO ART. 44 DO CP. REEXAME OBRIGATÓRIO DE ASPECTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. ÓBICE DA SÚMULA N.º 7/STJ. DECISÃO RECORRIDA CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. VETO DA SÚMULA N.º 83/STJ. PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO.*

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível, tempestivo e os fundamentos da decisão de inadmissibilidade foram impugnados.

No mérito o recurso não merece acolhida.

Busca o agravante, no presente caso, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O juiz sentenciante manifestou a respeito da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos seguintes termos (e-STJ fl. 87):

> *Entendo não ser possível a substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito, pois, nos termos art. 44, §3°, do CP,* ***a substituição não se mostra socialmente recomendável em razão de o réu ter sido condenado pelo mesmo crime no ano de 2014 (duas vezes) e, ainda, ter diversos processos de crimes contra a propriedade imaterial em curso.***

Por sua vez, o Tribunal de origem manteve a sentença pelos mesmos

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009427 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 02/04/2020 13:18:58
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 1890b320-5fcf-458e-9989-a3d849a49c27

fundamentos (e-STJ fl. 271):

> *Pena-base fixada 02 meses acima do mínimo legal, tendo em conta os operadores do art. 59 do Código Penal, como examinados na sentença,* ***desfavoráveis os antecedentes. O réu, além de reincidente, registra outras condenações com trânsito em julgado por fatos anteriores ao presente, as quais configuram maus antecedentes.***
> *(...)*
> ***Embora não se trate de reincidente específico, a substituição não se mostra socialmente recomendável, como referido pelo Magistrado: "em razão de o réu ter sido condenado pelo mesmo crime no ano de 2014 (duas vezes)".***

Segundo o art. 44 do CP, as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade, quando: (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 culposo; (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.

Nessa linha, o art. 44, § 3º, do Código Penal possibilita a concessão da substituição da pena ao condenado reincidente, desde que atendidos dois requisitos cumulativos: **a medida seja socialmente recomendável, em face de condenação anterior, e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, isto é, não seja reincidência específica.**

Abaixo, os seguintes julgados:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. DESACATO. NULIDADE. IMPEDIMENTO DA MAGISTRADA. PLEITO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. VIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[...] 5. É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis ao acusado e, apesar de reincidente, não se trata de reincidência específica.*
> *Conforme o art. 44, § 3º, do CP, "Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime".*
> *Precedentes.*
> *6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009427 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 02/04/2020 13:18:58
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 1890b320-5fcf-458e-9989-a3d849a49c27

determinar que a pena privativa de liberdade imposta ao paciente seja substituída por penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução. (HC 412.908/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 28/11/2017)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA DE OUTRO CRIME. ART. 44, § 3º, DO CP. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO MOTIVO PELO QUAL A MEDIDA NÃO SERIA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.
1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece do writ, substitutivo do recurso adequado, mas se concede ordem de habeas corpus de ofício, para reconhecer o direito do réu à substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a ausência de fundamentação para a negativa do benefício a acusado reincidente na prática de crime diverso (art. 44, § 3º, do CP) que teve todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal consideradas favoráveis.
2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 353.512/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016).

[...]PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE AUTORIZAM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.REINCIDÊNCIA QUE NÃO SE OPEROU EM VIRTUDE DA PRÁTICA DO MESMO TIPO DE ILÍCITO. PERMUTA SUFICIENTE PARA A REPRESSÃO E PREVENÇÃO DA CONDUTA INCRIMINADA. EXEGESE DO § 3º DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL.
1. Aplicada pena inferior a 4 (quatro) anos, perfeitamente possível a sua substituição por restritivas de direitos, mesmo aos reincidentes, quando essa condição não se der em virtude de prática de idêntico delito e a medida for suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. Inteligência do § 3º do artigo 44 do Código Penal.
2. Consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, mostra-se socialmente recomendável a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, diante das particularidades do caso concreto e especialmente em se considerando que a reincidência se deu em delito diverso.
3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, bem como substitui-la por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução. (HC 334.986/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

PENAL. CONDENAÇÃO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE SE A MEDIDA NÃO FOR SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. REQUISITOS DE ORDEM SUBJETIVA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.
I - Não há ilegalidade na decisão que nega o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se, apesar da reincidência não ser específica, a medida não se mostra "socialmente recomendável" (CP, art. 44, § 3º). No caso dos autos, ainda que a reincidência não tenha sido específica - o recorrente já havia sido condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4

(quatro) meses de reclusão em virtude da prática do delito de roubo circunstanciado (fl. 41) - a eg. Corte a quo entendeu que a medida não se mostraria "recomendável" (fl. 274).
II - A revisão desse entendimento - com a conseqüente análise da presença dos requisitos de ordem subjetiva - demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada em sede de recurso especial. (Súmula 07/STJ).
Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1557466/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 29/02/2016).

Ainda sobre o tema, importa considerar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mostra-se insuficiente quando há reincidência **e a medida não se mostra recomendável** (art. 44, II e § 3º, do CP) AgRg no Resp. 1.716.907/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2018, DJe 30/5/2018).

Confira-se ainda:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INC. II, CP). WRIT NÃO CONHECIDO.
I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.
II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).
III - Para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos, o que não se verifica na hipótese dos autos.
IV - A presença de reincidência, reconhecido na condenação, não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento de requisito subjetivo previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal.
Habeas corpus não conhecido. (HC 487.325/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 01/03/2019)

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. RECEPTAÇÃO. RÉU REINCIDENTE NA PRÁTICA DE CRIME DOLOSO. ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE

LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS MOTIVADO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS/STJ 269 E 440. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
(...)
2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos exige o preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal, o que não se vislumbra quando o réu ostenta outra condenação transitada em julgado pela prática de crime doloso e o Magistrado processante concluiu não ser tal medida socialmente recomendável em face do delito anterior, nem suficiente à prevenção de novos delitos.
3. Se as instâncias ordinárias reconheceram, de forma motivada, não ser cabível a conversão da pena corporal em restritiva de direitos, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento do conjunto fático-comprobatório dos autos, o que não se mostra viável em sede de writ.
(...)
7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando a reprimenda em meio mais gravoso. (HC 337.869/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016)

No caso dos autos, apesar da reincidência não ser específica, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não se mostra socialmente recomendável, como fundamentaram as instâncias ordinárias.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009427 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 02/04/2020 13:18:58
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 1890b320-5fcf-458e-9989-a3d849a49c27