



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 392.118 - SC (2017/0056264-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE** : PAULO CESAR FOGACA (PRESO)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**AGRAVADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### **EMENTA**

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA EM CRIME DOLOSO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não se observa a existência de constrangimento ilegal na negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando há reincidência em crime doloso, ainda que não seja específica, e entender a Corte de origem que a medida não se mostra recomendável (art. 44, § 3º, do Código Penal). Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 392.118 - SC (2017/0056264-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE** : PAULO CESAR FOGACA (PRESO)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**AGRAVADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

**(Relator):**

Trata-se de agravo regimental interposto por PAULO CESAR FOGAÇA contra decisão monocrática de minha lavra que denegou a ordem de *habeas corpus*, não substituindo a pena privativa de liberdade por medidas alternativas.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) meses de detenção, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (e-STJ fls. 96/100).

Interposta apelação, os desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal negaram provimento ao recurso (e-STJ fls. 159/167).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 159):

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306, CAPUT, DA LEI N. 9.503/97). DELITO PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 12.760/12. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO ANTE A ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES ALIADOS AO AUTO DE CONSTATAÇÃO DANDO CONTA DOS SINAIS DE EMBRIAGUEZ. REDAÇÃO ATUAL DO TIPO PENAL QUE NÃO EXIGE A EXPOSIÇÃO DE OUTREM A DANO POTENCIAL. DELITO DE PERIGO ABSTRATO, CUJO RISCO INERENTE À CONDUTA É PRESUMIDO PELO TIPO PENAL. DELITO CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

*1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelas declarações firmes e coerentes das testemunhas, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*2.Em conformidade com as alterações provocadas pela Lei n. 12.760/12, é suficiente, para a caracterização do delito, que o agente conduza veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada, não se exigindo prova de que, com esse proceder, tenha exposto outrem a dano potencial - ou seja, a modificação legislativa consagrou a infração como um delito de perigo abstrato.*

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 182/191).

No *writ* impetrado no STJ, a Defensoria Pública apontou constrangimento ilegal decorrente da falta de análise, pelo Tribunal de origem, da substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Sustentou que, a despeito da tese não ter sido formulada nas razões de apelação, *"é plenamente possível valer-se dos embargos de declaração para suprir uma omissão indireta, quando o ato judicial deixar de se pronunciar sobre questão que, mesmo não tendo sido suscitada pela parte interessada, poderia (poder-dever) ter sido resolvida de ofício pelo julgador"* (e-STJ fl. 4).

Alegou que o Juízo de primeiro grau deixou de fundamentar a não substituição da reprimenda, apesar de destacar que o paciente fazia jus ao benefício, *"pois (a) pena total inferior a 4 anos (7 meses); (b) crime sem violência ou grave ameaça (embriaguez ao volante); (c) réu não reincidente específico; (d) todas as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis; (e) não há nada que indique — e nem fora explicitado nas decisões de primeiro e segundo grau — que a medida não seja socialmente recomendável"* (e-STJ fl. 6).

Pugnou, assim, em liminar e definitivamente, que fosse substituída a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos ou, subsidiariamente, que fosse determinado que o Tribunal *a quo* examinasse a matéria (e-STJ fls. 1/6).

No entanto, a ordem de *habeas corpus* foi denegada sob o argumento de que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, de que a medida não se mostra socialmente recomendável, encontra-se em consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por esta Corte (e-STJ fls. 213/214).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste agravo regimental, sustenta a defesa que, *"apesar de aplicada a pena em 7 meses de detenção, por crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa (embriaguez ao volante), com todas as circunstâncias judiciais julgadas favoráveis ao acusado e sendo este não reincidente específico, este e. STJ manteve a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao argumento de que a medida não seria socialmente recomendável"* (e-STJ fl. 239).

Afirma que, tanto a sentença quanto o acórdão, inviabilizaram a substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas levando-se em consideração a reincidência do ora agravante.

No entanto, defende que a reincidência genérica, já que o réu é reincidente em crime diverso, não obsta a substituição da reprimenda; e só haveria tal óbice se se tratasse de reincidência específica, o que não é o caso constante dos autos.

Alega que *"o simples fato da Magistrada de origem não ter apresentado fundamentação concreta e idônea para denegar a substituição da pena, já é razão suficiente para, neste grau de jurisdição, deferir-se a substituição ao paciente, sob pena de refomartio in pejus (CPP, art. 617). Ainda, salienta-se que a argumentação para negar ao agravante a substituição pleiteada, baseou-se tão somente na reincidência"* (e-STJ fl.241).

Por fim assevera que *"resta evidente ser cabível a substituição da pena no presente caso, pois (a) pena total inferior a 4 anos (7 meses); (b) crime sem violência ou grave ameaça (embriaguez ao volante); (c) réu não reincidente específico; (d) todas as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis; (e) não há nada que indique — e nem fora explicitado nas decisões de primeiro e segundo grau — que a medida não seja socialmente recomendável"* (e-STJ fl.241), nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal.

Diante disso, pede a reconsideração da decisão, ou, caso assim não se entenda, a remessa do presente recurso à Sexta Turma desta Casa para que seja reformada a decisão monocrática recorrida, em que foi denegada a ordem de *habeas*



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*corpus.*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 392.118 - SC (2017/0056264-5)

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Objetiva a defesa, neste agravo regimental, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos sob o argumento de que foi negado ao ora agravante o referido benefício com fundamento na presença da reincidência genérica, o que não cabe no presente caso, tendo em vista que, somente a reincidência específica seria capaz de afastar a possibilidade da substituição da reprimenda corporal por medidas alternativas.

Este Superior Tribunal de Justiça entende que *"a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos, não reincidente e cuja culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente"* (HC 353.206/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 24/8/2016).

No caso, acerca da insurgência, o Tribunal de Justiça assim se manifestou (e-STJ fls. 189/190):

*De qualquer forma, ainda que assim não fosse, **salienta-se que o embargante é reincidente (fl. 64); circunstância que, em conformidade com a previsão descrita no artigo 44, inciso II, do Código Penal, impossibilita a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.***

*É bem verdade que o § 3º do art. 44 do Código Penal permite, excepcionalmente, a substituição da pena a reincidentes, exigindo, para tanto, que não haja reincidência específica e que a medida seja socialmente recomendável.*

*No presente caso, todavia, entendo que inaplicável a aludida exceção, uma vez que a almejada conversão se mostraria inconveniente aos fins ínsitos do apenamento, e constituiria incentivo à repetição da conduta ilícita.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Ademais, "[...] embora a reincidência não seja específica, a substituição da sanção corporal não se mostra eficaz à reprovação e prevenção do crime perpetrado, tendo em vista que o apelante, mesmo sofrendo condenação anterior, continuou a delinquir, o que revela a sua inclinação para a prática de delitos". (TJSC - Apelação Criminal n. 2010.057680-9, de Palhoça, Rel. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 03/08/2010).*

*Desse modo, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

Na espécie, verifica-se que o Tribunal local entendeu ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantendo a fundamentação proferida na r.sentença, não só com base na reincidência do acusado, mas também por entender que a medida não se mostra socialmente recomendável, o que se encontra em consonância com a jurisprudência firmada por esta Corte.

Ressalta-se, porém, que, ao contrário do alegado pela defesa, a condição de reincidente do acusado obsta a concessão do benefício, independentemente de a reincidência ser genérica ou específica, haja vista o não preenchimento dos requisitos necessários constantes do art. 44, § 3º, do Código Penal.

No mesmo sentido:

*HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4.º, I E IV E ART. 340, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 1.º DA LEI 2252/54, EM CONCURSO MATERIAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL. REINCIDÊNCIA. (3) WRIT NÃO CONHECIDO.*

[...]

***2.Incabível a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos, eis que o Tribunal de origem assentou não ser recomendável a medida, diante da reincidência, conclusão que não pode ser alterada nessa via estreita do mandamus. A despeito de não se tratar de reincidência específica, não há ilegalidade a ser reconhecida, a teor do art. 44, § 3º, do Código Penal.***

*3.Habeas corpus não conhecido (HC 254.395/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014, grifei).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DO RECURSO ADEQUADO. INADMISSIBILIDADE.[...] SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

[...]

2. *Questão relativa à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos já foi analisada e indeferida nos autos do REsp n. 1.525.276/RS, em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, no sentido de que, **tratando-se de réu reincidente, não estão preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.***

[...]

4. *Habeas corpus não conhecido (HC 352.111/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 21/11/2016, grifei).*

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. [...] SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2.*Embora a pena fixada ao paciente seja inferior a 4 anos de reclusão, a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra medida socialmente recomendável. Isso porque, conforme consta dos autos, o réu é reincidente e as circunstâncias do caso concreto foram consideradas graves pelas instâncias ordinárias.*

3.*Para rever a conclusão das instâncias antecedentes, seria necessária a dilação probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus.*

[...]

5. *Agravo regimental não provido (AgRg no HC 382.949/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017, grifei).*

PENAL. [...] 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**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***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, grifei)*

Sendo assim, não apresentando o agravante argumentos novos bastantes a modificar a conclusão alcançada que, inclusive, foi prolatada nos termos da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não encontro motivos, nesta oportunidade, para modificar a decisão ora atacada.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0056264-5

**AgRg no**  
**HC 392.118 / SC**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00019486920138240036 19486920138240036

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
ADVOGADO : THIAGO BURLANI NEVES - SC036518  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
PACIENTE : PAULO CESAR FOGACA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Trânsito

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : PAULO CESAR FOGACA (PRESO)  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.