



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.555.900 - SP (2019/0230952-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : ADALBERTO NETO
ADVOGADOS : BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM - DEFENSOR PÚBLICO - SP258060
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. INGRESSO DE APARELHO CELULAR EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA PREVALENTE NO STJ. SÚMULA N. 83/STJ. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É firme o entendimento da jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que o § 3º do art. 44 do CP possibilita a concessão da substituição da pena ao condenado reincidente, desde que atendidos, cumulativamente, 2 (dois) requisitos: (i) a medida seja socialmente recomendável, em face de condenação anterior, e (ii) a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, isto é, não seja reincidência específica.

2. Na espécie, o Tribunal de origem concluiu que, não obstante a condenação definitiva anterior registrada pelo envolvido seja de natureza distinta da originária dos presentes autos, configurando reincidência não específica, a conduta do recorrente – consistente em promover o ingresso de um aparelho celular na Penitenciária de Marília/SP, onde cumpria pena pela prática de outro delito, após retornar de um trabalho externo – demonstra não ser socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

3. Não atendido um dos requisitos cumulativos previstos no art. 44, § 3º, do CP, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, de modo que o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Incidência da Súmula n. 83/STJ.

4. A desconstituição das conclusões alcançadas pelo Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem com fundamento em exame exauriente do conjunto fático-probatório carreado aos autos, no intuito de abrigar a pretensão defensiva, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento do contexto de fatos e provas, providência vedada em sede de recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.555.900 - SP (2019/0230952-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **ADALBERTO NETO**
ADVOGADOS : **BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM - DEFENSOR PÚBLICO -**
SP258060
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental apresentado por ADALBERTO NETO (e-STJ fls. 263/268), contra decisão monocrática da minha lavra, que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial (e-STJ fls. 253/259).

A parte recorrente sustenta, em síntese, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Aduz que se trata de reincidente não específico e que o fundamento apontado pela Corte local para afastar a substituição da pena se baseou na gravidade em abstrato da conduta, não constituindo motivação idônea.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.555.900 - SP (2019/0230952-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado como incurso nas penas do delito previsto no art. 349-A do Código Penal, em razão de, em 3/11/2014, ao retornar de um trabalho externo, ter promovido a entrada de 1 (um) aparelho celular na Penitenciária de Marília/SP, onde cumpria pena pela prática de outro delito (e-STJ fls. 52/53).

O Juízo sentenciante condenou o acusado, pelo cometimento do referido crime, à pena de 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, a ser cumprida em regime semiaberto (e-STJ fls. 103/104).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação (e-STJ fls. 106/111), tendo o Tribunal de origem negado provimento ao apelo, mantendo, na íntegra, a sentença condenatória (e-STJ fls. 144/145).

Opostos embargos de declaração (e-STJ fls. 155/156), estes foram rejeitados pela Corte *a quo* (e-STJ fls. 166/167).

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 182/188), alega a parte recorrente violação do artigo 44, § 3º, do Código Penal.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 192/205), o Tribunal *a quo* inadmitiu o recurso especial (e-STJ fl. 208), dando ensejo à interposição de agravo (e-STJ fls. 220/223), que, por decisão monocrática de minha lavra, foi conhecido para não conhecer do recurso especial (e-STJ fls. 253/259).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pelo não provimento do recurso, consoante parecer assim ementado (e-STJ fls. 247/251):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME PREVISTO NO ART. 349-A. ENTRADA COM APARELHO CELULAR EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA SÚMULA 7, STJ. PARECER PELO CONHECIMENTO DO AGRAVO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

Busca-se o reconhecimento da possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, argumentando para tanto que se trata de reincidente não específico e que o fundamento apontado pela Corte *a quo* para afastar a substituição da pena é inidôneo, porquanto baseado na gravidade em abstrato da conduta.

Com efeito, dessume-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acerca da matéria, a Corte de origem consignou (e-STJ fl. 167):

O v. acórdão, embora haja se referido à reincidência do embargante, não afastou, explicitamente, o pedido de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

O embargante, como apontado, é reincidente; ainda que não específica a reincidência, no caso, a substituição da pena não se revela socialmente recomendável.

É que a conduta do embargante buscava introduzir, em penitenciária, aparelho celular, via de regra, utilizado pelo detento para a prática de outros crimes, cuja circunstância inibe o tratamento penal benigno pleiteado.

[...]. - grifei

É firme o entendimento da jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que o § 3º do art. 44 do CP possibilita a concessão da substituição da pena ao condenado reincidente, desde que atendidos, cumulativamente, 2 (dois) requisitos: (i) a medida seja socialmente recomendável, em face de condenação anterior, e (ii) a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, isto é, não seja reincidência específica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa linha, os seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÂNSITO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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 a reincidência específica.

2. No caso dos autos, além da reincidência não ser específica, o Tribunal de origem entendeu que a medida se mostraria recomendável. Dessa forma, não se pode falar na ilegalidade da substituição.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1817415/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2019, DJe 30/8/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INDEFERIMENTO. MEDIDA CONSIDERADA NÃO RECOMENDÁVEL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Aplicada pena inferior a 4 (quatro) anos, é 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, nos termos do § 3º do art. 44 do Código Penal.

2. No caso em análise, o Tribunal a quo entendeu não ser recomendável a concessão do benefício, em razão das circunstâncias concretas da conduta e em face da reincidência do réu, embora não específica, de forma que não se vislumbra qualquer arbitrariedade em tal conclusão.

3. Se a Corte de origem, soberano na análise probatória, decidiu fundamentadamente que a substituição da pena não é socialmente recomendável, decidir em sentido contrário demandaria profundo revolvimento fático-processual, providência inviável na via



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processual eleita.

4. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC 506.819/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/6/2019, DJe 27/6/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO JUDICIAL DE DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS REALIZADOS NA FASE INQUISITORIAL. AUTORIA DELITIVA. SÚMULA N. 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

4. Nos termos do art. 44, § 3º, do CP e da jurisprudência desta Corte superior, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos casos em que o agente possui reincidência não específica, somente deve ocorrer quando for socialmente recomendável, o que não ocorreu no caso concreto.

5. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 1142487/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 25/4/2018).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para 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 30/6/2016, DJe 03/8/2016).

[...]. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 3/3/2016, DJe 16/3/2016).

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 16/2/2016, DJe 29/2/2016).

Na espécie, o Tribunal de origem concluiu que, não obstante a condenação definitiva anterior registrada pelo envolvido seja de natureza distinta da originária dos presentes autos, configurando reincidência não específica, a conduta do recorrente – consistente em promover o ingresso de um aparelho celular na Penitenciária de Marília/SP, onde cumpria pena pela prática de outro delito, após retornar de um trabalho externo – demonstra não ser socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Dessa forma, verifico que o entendimento adotado pela Corte *a quo* se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontra em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o que atrai o óbice do enunciado n. 83 da Súmula desta Corte.

Ademais, desconstituir as conclusões alcançadas pelo Tribunal de origem, com fundamento em exame exauriente do arcabouço fático-probatório carreado aos autos, no intuito de abrigar a pretensão defensiva, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento do contexto de fatos e provas, providência vedada em sede de recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0230952-0

AgRg no
AREsp 1.555.900 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00123235320158260344 123235320158260344

EM MESA

JULGADO: 07/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ADALBERTO NETO (PRESO)
ADVOGADOS : BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM - DEFENSOR PÚBLICO - SP258060
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Contra a Administração da Justiça - Favorecimento real

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ADALBERTO NETO
ADVOGADOS : BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM - DEFENSOR PÚBLICO - SP258060
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.