

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.716.664 - SP (2020/0147651-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : MICHEL DA SILVA LIMA
ADVOGADOS : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO -
SP138992
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA
- SP291702
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44, § 3º, DO CP. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA, PARA OS FINS DESTES DISPOSITIVOS: NOVA PRÁTICA DO MESMO CRIME. VEDAÇÃO À ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*. NO CASO CONCRETO, INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante o art. 44, § 3º, do CP, o condenado reincidente pode ter sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, se a medida for socialmente recomendável e a reincidência não se operar no mesmo crime.
2. Conforme o entendimento atualmente adotado pelas duas Turmas desta Terceira Seção - e que embasou a decisão agravada -, a reincidência em crimes da mesma espécie equivale à específica, para obstar a substituição da pena.
3. Toda atividade interpretativa parte da linguagem adotada no texto normativo, a qual, apesar da ocasional fluidez ou vagueza de seus termos, tem limites semânticos intransponíveis. Existe, afinal, uma distinção de significado entre "mesmo crime" e "crimes de mesma espécie"; se o legislador, no particular dispositivo legal em comento, optou pela primeira expressão, sua escolha democrática deve ser respeitada.
4. Apesar das possíveis incongruências práticas causadas pela redação legal, a vedação à analogia *in malam partem* impede que o Judiciário a corrija, já que isso restringiria a possibilidade de aplicação da pena substitutiva e, como tal, causaria maior gravame ao réu.
5. No caso concreto, apesar de não existir o óbice da reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do CP, a substituição não é recomendável, tendo em vista a anterior prática de crime violento (roubo). Precedentes das duas Turmas.
6. Agravo regimental desprovido, com a proposta da seguinte tese: a reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do CP somente se aplica quando forem idênticos (e não apenas de mesma espécie) os crimes praticados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental com a proposta da seguinte tese: a reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do CP somente se aplica quando forem idênticos (e não apenas de mesma espécie) os crimes praticados, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer, sendo substituído pelo Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.716.664 - SP (2020/0147651-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : MICHEL DA SILVA LIMA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA
- SP291702
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por **MICHEL DA SILVA LIMA** contra decisão monocrática que, fundamentada no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b" do RISTJ, conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Na decisão agravada, ao rejeitar a pretensão defensiva, segui o entendimento das duas Turmas desta colenda Terceira Seção no sentido de que a reincidência em crimes da mesma espécie obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em aplicação do art. 44, § 3º, do CP.

O agravante alega, em síntese, que "o artigo de lei é claríssimo e insofismável ao dispor que a vedação do inciso II do artigo 44 do Código Penal sucumbirá quando, dentre outros requisitos, 'a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime'. Ora, a lei é clara: 'mesmo crime' não é 'crime da mesma espécie' (e, aliás, quando o legislador quis se referir a essa última categoria o fez – a exemplo da redação vigente quanto ao crime continuado). Assim, não há outra interpretação possível, *in casu*, senão a de que o óbice existe, apenas e tão somente, quando a reincidência se dê pelo mesmo crime" (e-STJ, fl. 424).

Ao final, requer "a reconsideração da r. decisão agravada ou, subsidiariamente, o provimento deste agravo regimental, dando provimento ao apelo nobre e convertendo-se a pena privativa de liberdade imposta em restritiva de direitos." (e-STJ, fl. 426).

Na sessão de julgamento de 20/4/2021, perante a Quinta Turma, propus a afetação do processo à Terceira Seção, com a finalidade de discutir o tema com todos os eminentes pares que a integram e possibilitar o alargamento do debate.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.716.664 - SP (2020/0147651-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : MICHEL DA SILVA LIMA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA
- SP291702
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44, § 3º, DO CP. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA, PARA OS FINS DESTE DISPOSITIVO: NOVA PRÁTICA DO MESMO CRIME. VEDAÇÃO À ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*. NO CASO CONCRETO, INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante o art. 44, § 3º, do CP, o condenado reincidente pode ter sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, se a medida for socialmente recomendável e a reincidência não se operar no mesmo crime.
2. Conforme o entendimento atualmente adotado pelas duas Turmas desta Terceira Seção - e que embasou a decisão agravada -, a reincidência em crimes da mesma espécie equivale à específica, para obstar a substituição da pena.
3. Toda atividade interpretativa parte da linguagem adotada no texto normativo, a qual, apesar da ocasional fluidez ou vagueza de seus termos, tem limites semânticos intransponíveis. Existe, afinal, uma distinção de significado entre "mesmo crime" e "crimes de mesma espécie"; se o legislador, no particular dispositivo legal em comento, optou pela primeira expressão, sua escolha democrática deve ser respeitada.
4. Apesar das possíveis incongruências práticas causadas pela redação legal, a vedação à analogia *in malam partem* impede que o Judiciário a corrija, já que isso restringiria a possibilidade de aplicação da pena substitutiva e, como tal, causaria maior gravame ao réu.
5. No caso concreto, apesar de não existir o óbice da reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do CP, a substituição não é recomendável, tendo em vista a anterior prática de crime violento (roubo). Precedentes das duas Turmas.
6. Agravo regimental desprovido, com a proposta da seguinte tese: a reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do CP somente se aplica quando forem idênticos (e não apenas de mesma espécie) os crimes praticados.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

1. Considerações preliminares

Bem examinando a questão, creio que a decisão recorrida merece ajustes, ainda que se mantenha o desprovimento do recurso especial, por razões diversas.

Na decisão monocrática agravada, conforme relatei acima, seguiu a interpretação que as duas Turmas que integram esta Terceira Seção dão ao art. 44, § 3º, do CP, concluindo que a reincidência em crimes *da mesma espécie*, ainda que não seja *no mesmo crime*, obsta por completo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Fica prejudicado, assim, o debate quanto à suficiência da pena substitutiva, porque a reincidência específica torna desnecessário aferir se a substituição é ou não socialmente recomendável.

Como exemplos, transcrevo os seguintes julgados sobre o tema:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDENTE ESPECÍFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.

III - A substituição da pena privativa de liberdade descrita no o art. 44 do Código Penal deve ser interpretada de forma conjunta com o parágrafo 3º do mesmo dispositivo, ou seja, a substituição da pena deve ser socialmente recomendável e o réu não pode ser reincidente específico.

IV - Na hipótese, o Tribunal de origem bem fundamentou a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que, o réu é reincidente na prática de crimes contra o patrimônio (art. 44, inciso II e § 3º, do CP), sendo que sua condenação pretérita se refere ao cometimento de delito com emprego de grave ameaça ou violência'.

V - Considerando o quantum de pena estabelecido, a reincidência específica do paciente e a fundamentação concreta levada a efeito pelo eg. Tribunal de origem, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do writ, nos termos do artigo 44, inciso II e § 3º, do Estatuto Repressivo. Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Agravo regimental desprovido".

(AgRg no HC 644.709/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA

Superior Tribunal de Justiça

TURMA, julgado em 6/4/2021, DJe 9/4/2021)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 44, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. CONDENAÇÕES ANTERIORES POR ROUBO. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA CONFIGURADA. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO.

1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, A reincidência específica se caracteriza pela prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, assim considerados aqueles delitos que tutelam o mesmo bem jurídico, independentemente de constarem do mesmo tipo penal (AgRg no AgRg no AREsp 1276547/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018).

2. O prévio crime de roubo caracteriza reincidência específica em relação ao delito de furto superveniente, inviabilizando a concessão da substituição da pena, inexistindo, assim, contrariedade ao art. 44, § 3º, do CP.

3. Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial defensivo".

(AgRg no REsp 1873041/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2020, DJe 13/8/2020)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI 10.826/2003). POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16, LEI 10.826/2003). CRIMES DE MESMA ESPÉCIE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Prevalece em ambas as Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte, o entendimento de que a reincidência específica se caracteriza pela prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, assim considerados aqueles delitos que tutelam o mesmo bem jurídico, independentemente de constarem do mesmo tipo penal.

2. No caso em exame, a reincidência específica fica caracterizada pela condenação anterior por crime da mesma espécie, haja vista que a condenação relativa ao delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei 10.826/2003) é da mesma natureza da infração de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, Lei 10.826/2003). Isso porque ambos os tipos penais visam à proteção da incolumidade pública, estão previstos na mesma lei especial e possuem características essenciais comuns.

3. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AgRg no AREsp 1276547/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/9/2018, DJe 26/9/2018)

Não há dúvidas, portanto, de que a decisão agravada está em sintonia com o entendimento que atualmente predomina em nossos órgãos colegiados. Todavia, após provocação do eminente Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, convenci-me de que o tema merece uma reflexão mais detida de nossa parte.

Como a tese ora debatida já tem pronunciamentos nas duas Turmas, a remessa do tema a esta Terceira Seção concorre para prevenir possível divergência entre os órgãos julgadores - caso prevaleça a proposta que ora encaminho -, conferindo maior celeridade ao

processo e evitando o manejo de eventuais embargos de divergência. Outrossim, tendo em vista a possibilidade de superação daquele entendimento primevo, que embasou a decisão agravada, penso ser prudente contar com a reflexão e as sempre precisas ponderações dos doutos colegas. Sendo o STJ uma Corte vocacionada sobretudo à formação de precedentes e à uniformização da interpretação da legislação federal, é de todo relevante que a alteração do entendimento anterior conte com o mais amplo debate possível.

Feitas essas considerações, a questão que se apresenta para julgamento pode ser sintetizada nos seguintes termos: para os fins da reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do CP, basta que o réu já tenha sido condenado por crime da *mesma espécie*, ou somente a condenação pelo *mesmo crime* impede a substituição da pena?

A razão, reflito agora, está com a última corrente.

2. Substituição da pena privativa de liberdade, descarcerização e vedação à analogia *in malam partem*

A imposição de uma pena privativa de liberdade é a *ultima ratio* dentre o catálogo do próprio direito penal que é, ele também, a *ultima ratio* na resolução dos conflitos sociais, e com boas razões para tanto.

Desde a massificação da pena reclusiva como uma forma menos brutal de exercício do *jus puniendi* - pelo menos se comparada às punições corporais - ao longo da idade contemporânea, as mazelas e insuficiências do cárcere têm sido apontadas por juristas, criminólogos, filósofos e até mesmo romancistas. FIÓDOR DOSTOIÉVSKI, ele próprio injustamente encarcerado na Sibéria durante 4 anos, assim verbalizou seu ceticismo com o sistema punitivo baseado na pena de prisão:

"Sabe-se que nem as cadeias, nem os navios-prisões, nem qualquer sistema de trabalhos forçados jamais curou um criminoso. Estas formas de sanção apenas o punem e asseguram a sociedade contra as ofensas que ele poderia cometer. Confinamento, regulação e trabalho excessivo não têm outro efeito senão estimular nesses homens um ódio profundo, um gosto por prazeres proibidos e revoltas assustadoras. Estou convencido, por outro lado, que o celebrado sistema celular entrega resultados que são ilusórios e enganadores. Ele priva o criminoso de sua força e de sua energia, enerva sua alma ao enfraquecê-la e amedrontá-la, e ao final exhibe uma múmia ressecada como um modelo de arrependimento e reforma" (*House of the dead*. Nova York: E. P. Dutton, 1914, p. 17, tradução direta).

A *prisão celular* a que se refere o autor russo é o conhecido sistema pensilvânico, por muitos considerado o primeiro sistema penitenciário organizado, pautado no "isolamento celular dos internados, na obrigação estrita do silêncio, na meditação e na oração", conforme o resgate histórico de CEZAR ROBERTO BITENCOURT (*Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, item 2.2). Fortemente influenciado pelos ideais religiosos protestantes, o modelo da Filadélfia impulsionou a expansão da prisão celular no Ocidente, carregando em seu germen o objetivo de *ressocialização* do apenado - ainda que por meio da salvação de sua alma -, o qual se tornou uma espécie de justificação moral e utilitarista para a imposição de sanções reclusivas.

Essa concepção, que ainda permeia boa parte do discurso público e político sobre o aparato sancionador, é duramente criticada. Cito, por exemplo, LUIGI FERRAJOLI, para

quem

"a pena, em razão do seu caráter aflitivo e coercitivo, é, de qualquer forma, um mal que de nada serve envolver com o manto de uma finalidade filantrópica de tipo reeducativo ou ressocializante, e, de fato, ainda mais aflitivo. Entretanto, ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais" (*Direito e razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, item 24.3).

Dois séculos e meio após o desenvolvimento do sistema celular, a situação penitenciária brasileira dista em muito do utópico fim de redenção moral ou espiritual do apenado. Mesmo se debatendo a (in)existência de um papel de ressocialização na pena privativa de liberdade, é virtualmente unânime a opinião de que nossas prisões são incapazes de desempenhá-lo. A situação caótica do sistema carcerário pátrio foi inclusive reconhecida pelo STF, em sua composição plena, ao conceder medida cautelar na ADP 347/DF, nos termos da seguinte ementa:

"CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional'. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão".

(ADPF 347 MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 9/9/2015, DJe 18/2/2016).

O julgamento da referida ação de controle concentrado tem envolvido diversos setores da sociedade civil, que participam no processo enquanto *amici curiae*, e já conta com voto do Ministro MARCO AURÉLIO, seu relator, pela procedência do pedido (o julgamento foi interrompido em 28/5/2021, após pedido de vista do Ministro ROBERTO BARROSO). Em paralelo, a Suprema Corte realizou audiência pública nos dias 14/6/2021 e 15/6/2021 - convocada pelo Ministro GILMAR MENDES, relator do HC 165.704/DF - também com a finalidade de

Superior Tribunal de Justiça

debater a hodierna situação prisional do país. Vê-se, assim, que o tema é atual e ocupa neste momento a atenção da mais alta Corte brasileira, o que demonstra a necessidade de uma atuação conjunta dos poderes estatais para a construção de soluções estruturais.

É nesse dramático substrato social que as penas restritivas de direitos exsurtem como alternativas viáveis ao cárcere.

A reforma da parte geral do CP pela Lei 7.209/1984 já previa penas alternativas à prisão, ainda que de maneira relativamente tímida; pouco tempo depois, a Constituição Federal de 1988 também elencou penas restritivas de direitos nas alíneas de seu art. 5º, XLVI, permitindo a criação de outras modalidades de reprimendas similares pelo legislador ordinário.

Na década que se seguiu, esta espécie de sanção se tornou um *zeitgeist* do direito penal: em 1990, a própria Assembleia Geral da ONU manifestou-se sobre o assunto, com a aprovação da Resolução 45/110, propondo aos Estados-membros critérios para a adoção e execução de penas não prisionais; são as conhecidas *Regras de Tóquio*. Na esfera nacional, a Lei 9.099/1995 concretizou a tendência internacional com importantes mecanismos despenalizadores, enquanto a Lei 9.714/1998, ao alterar os arts. 43 a 47 do CP, aprimorou o tratamento legal das penas restritivas e expandiu seu campo de aplicação.

Todos esses esforços ainda não lograram desconstruir o que SALO DE CARVALHO chama de "lógica carcerocêntrica" de nosso sistema penal (*Penas e medidas de segurança no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 346). São evidentes, de todo modo, os méritos das tentativas de retirar do cárcere pessoas cuja privação de liberdade cumpriria somente uma função simbólica do direito penal, pouco ou nada concorrendo para a consecução dos objetivos da pena.

O breve panorama aqui exposto serve de norte hermenêutico para a aplicação do art. 44, § 3º, do CP, que excepciona o requisito da primariedade para a substituição da pena privativa de liberdade com a seguinte redação:

"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

[...]

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

[...]

§ 3º. 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**" (grifei).

De imediato, o princípio da vedação à analogia *in malam partem* nos recomenda que não seja ampliado o conceito de "mesmo crime". Toda atividade interpretativa parte da linguagem adotada no texto normativo, a qual, apesar da ocasional fluidez ou vagueza de seus termos, tem limites semânticos intransponíveis. Existe, afinal, uma distinção de significado entre "mesmo crime" e "crimes de mesma espécie"; se o legislador, no particular dispositivo legal em comento, optou pela primeira expressão, sua escolha democrática deve ser respeitada.

É verdade que, em sede doutrinária, não é unânime o conceito de reincidência específica, havendo quem a entenda configurada "se o crime anterior e o posterior forem os mesmos" (ROSSETTO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 141-142); ou, contrariamente, "quando os dois crimes praticados pelo condenado são da mesma espécie" (CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 480). Esta última definição está em sintonia com o art. 83, V, do CP, que proíbe o livramento condicional para o *reincidente específico em crime hediondo* - ou seja,

quando a reincidência se operar entre delitos daquela *espécie*. A aproximação entre os institutos é detectada, por exemplo, por CELSO DELMANTO e outros:

"Reincidência específica: Embora abolida pela Lei nº 6.416/77 (cf. STF, RT 686/401), a reincidência específica voltou a ser instituída pelo art. 5º da LCH (Lei nº 8.072, de 25.7.90), que acrescentou ao **art. 83 do CP o inciso V**, bem como pelo **art. 44, § 3º**, do CP, com redação dada pela Lei nº 9.714/98" (*Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 277; grifei).

Também no art. 112, VII, da LEP, com as recentes modificações da Lei 13.964/2019, o conceito de reincidência específica está atrelado à natureza (hedionda, no caso desse dispositivo) dos delitos, e não à identidade entre os tipos penais em que previstos.

Por isso, se o art. 44, § 3º, do CP vedasse a substituição da pena reclusiva nos casos de *reincidência específica*, seria mesmo defensável a ideia de que o novo cometimento de crime da mesma espécie obstaría o benefício legal, em uma interpretação sistemática do CP e da LEP. Não foi isso, porém, que fez o legislador: com o uso da expressão "mesmo crime" - ao invés de "reincidência específica" -, criou-se no texto legal uma delimitação linguística que não pode ser ignorada.

Pode-se argumentar, é claro, que a utilização de conceitos distintos de reincidência específica (um para a substituição da pena privativa de liberdade, outro para o livramento condicional e a progressão de regime) prejudicaria a coerência interna da legislação penal. Essa realidade, aliás, é de conhecimento de todos que com ela operamos diariamente: os dois principais diplomas legislativos que esta Terceira Seção é chamada a interpretar - o CP e o CPP -, ambos octogenários, encontram-se defasados, repletos de cortes e alterados de forma pouco sistemática ao longo das décadas.

É possível ver, também, outro fator relevante em favor da interpretação que hoje prevalece, neste STJ, sobre o art. 44, § 3º, do CP.

Pela redação do dispositivo, há situações em que a progressão criminosa, com a prática de um delito mais grave, premia o agente com a substituição, enquanto o cometimento de dois crimes mais leves a proíbe. Por exemplo: o réu reincidente pela prática de dois crimes de furto simples (art. 155, *caput*, do CP) não terá direito à substituição da pena, porquanto aplicável a vedação absoluta contida no art. 44, § 3º, do CP. De outro lado, se o segundo crime for de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), o réu pode fazer jus à substituição, se a pena não ultrapassar 4 anos de reclusão. Em outras palavras, o cometimento de um segundo crime *mais grave* poderia, em tese, ser mais favorável ao acusado, em possível violação ao princípio constitucional da isonomia.

Essa contradição é impedida pelo atual entendimento de nossas Turmas - e no qual se embasou a decisão agravada -, que considera o bem jurídico tutelado pelos delitos para definir se incide, ou não, a proibição contida no art. 44, § 3º, do CP. Assim, se forem idênticos os bens ofendidos, não haverá substituição, mesmo que diversos os tipos penais pelos quais o réu foi condenado. Penso, contudo, que corrigir a discutível técnica legislativa *em desfavor do réu* é algo incabível no processo penal, que rejeita a analogia *in malam partem* em seu arsenal jusdogmático.

A incongruência que aponteí acima é matéria político-legislativa, a ser corrigida mediante os meios e processos da democracia; no Judiciário, impõe-se respeitar os limites lexicais dos textos normativos e assim aplicá-los. Ampliar o sentido de "mesmo crime", para obstar a substituição da pena de prisão, equivaleria a impor uma sanção criminal sem previsão legal, em ofensa ao alerta que, ainda no século XIX, nos fez FEUERBACH: *nulla poena sine*

lege (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Giessen: Georg Friedrich Heyer Verlag, 1847, p. 41).

Por todas essas razões, proponho a superação da tese de que a reincidência em crimes da mesma espécie impede, em absoluto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque somente a reincidência no mesmo crime (aquele constante no mesmo tipo penal) é capaz de fazê-lo, nos termos do art. 44, § 3º, do CP. Nos demais casos de reincidência, cabe ao Judiciário avaliar se a substituição é ou não recomendável, em face da condenação anterior.

3. Solução do caso concreto

No presente caso, o réu foi condenado às penas de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa pelo crime de receptação. Na segunda fase da dosimetria, as reprimendas foram exasperadas pela reincidência, haja vista a existência de prévia condenação definitiva pelo delito de roubo. Por conseguinte, sendo distintos os tipos penais - ainda que os crimes sejam patrimoniais -, o art. 44, § 3º, do CP não impede a substituição em abstrato, sendo necessário examinar se a medida é socialmente recomendável.

E, aqui, a resposta é negativa.

O primeiro crime cometido pelo agravante (roubo) tem a violência (ou grave ameaça) como elemento típico objetivo. Apesar de não existir reincidência específica para os fins do art. 44, § 3º, do CP, este STJ já rejeitou a substituição em hipóteses análogas, porque a análise da suficiência do benefício, para os réus reincidentes, deve ser feita à luz da condenação anterior. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO SIMPLES. SENTENÇA. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ACUSADO REINCIDENTE. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE CRIME GRAVE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL (ART. 44, § 3º, DO CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática que indefere liminarmente a inicial, quando não evidenciado constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2. O art. 44, § 3º, do Código Penal, é claro afirmar que 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.

3. Considerando que o réu não é reincidente específico, mas ostenta condenação anterior pela prática de crime grave e cometido com grave ameaça à pessoa (roubo), não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade.

4. Agravo regimental improvido".

(AgRg no HC 618.438/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 23/10/2020)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA.

CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE ROUBO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O § 3º do art. 44 do Código Penal ressalva que '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.'

3. No caso, a Corte local ressaltou que a reincidência do paciente, embora não sendo específica, configurou-se pela prática anterior de crime de roubo. Ademais, destacou que o crime de receptação foi praticado enquanto o paciente cumpria pena no regime aberto. Por tais razões, considerou que o paciente não preenche os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal.

4. Mostra-se insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando há reincidência e a medida não se mostra recomendável (art. 44, II e § 3º, do CP), tal como ocorre na espécie, em que a condenação anterior do réu, considerada para efeitos de reincidência, refere-se a delito cometido com violência ou grave ameaça (roubo).

5. Writ não conhecido".

(HC 599.547/DF, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 15/9/2020, DJe 21/9/2020)

Consequentemente, mesmo que alterados os fundamentos da decisão agravada, deve ser mantido o desprovimento do recurso especial, razão pela qual rejeito o agravo regimental que busca provê-lo.

4. Dispositivo

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

Proponho, também, a fixação da seguinte tese: a reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do CP somente se aplica quando forem idênticos (e não apenas de mesma espécie) os crimes praticados.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0147651-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
AREsp 1.716.664 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0073015-32.2012.8.26.0050 00730153220128260050 189/2012 1892012
730153220128260050

EM MESA

JULGADO: 25/08/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MICHEL DA SILVA LIMA

ADVOGADOS : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO - SP138992
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA - SP291702

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MICHEL DA SILVA LIMA

ADVOGADOS : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO - SP138992
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA - SP291702

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental com a proposta da seguinte tese: a reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do CP somente se aplica quando forem idênticos (e não apenas de mesma espécie) os crimes praticados, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr.

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer, sendo substituído pelo Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

