

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.705.197 - RJ (2017/0269544-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
RECORRIDO : **ROBERTO MARTINS BUSSAMRA**
RECORRIDO : **RAFAEL DE SOUZA BUSSAMRA**
ADVOGADOS : **ALEXANDRE MOURA DUMANS - RJ025587**
 LUIS FLÁVIO SOUZA BIOLCHINI - RJ195651
 CARLOS EDUARDO BARREIROS REBELO - RJ109384
AGRAVANTE : **RAFAEL DE SOUZA BUSSAMRA**
AGRAVANTE : **ROBERTO MARTINS BUSSAMRA**
ADVOGADOS : **ALEXANDRE MOURA DUMANS - RJ025587**
 CARLOS EDUARDO BARREIROS REBELO - RJ109384
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
ASSIST. MP : **BEATRIZ GENTIL PINHEIRO GUIMARAES**
ASSIST. MP : **RAUL MASCARENHAS PEREIRA JUNIOR**
ASSIST. MP : **JOÃO DE CAMPOS VELHO**
ASSIST. MP : **THOMAZ DE CAMPOS VELHO**
ADVOGADOS : **TÉCIO LINS E SILVA - RJ016165**
 DARCY DE FREITAS - RJ071133

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da mesma Unidade Federativa, no julgamento da Apelação n. 0243823-86.2010.8.19.0001, com a seguinte ementa (e-STJ, fls. 2.595/2.625):

APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL.

Crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Crime de participação em competição automobilística não autorizada. Crime de afastamento do local do acidente para fugir à responsabilidade penal. Crime de inovação artificiosa em caso de acidente automobilístico. Crime de corrupção ativa, em concurso formal. Concurso material de delitos. Sentença condenatória. Recursos defensivos e recurso do órgão estatal de acusação. Questões preliminares suscitadas pela Defesa. Suposta nulidade da sentença por violação aos termos do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 quanto aos crimes do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), ou pelo não reconhecimento da consunção quanto aos crimes dos artigos 308 e 312 do CTB. Análise prejudicada pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal relativamente aos delitos dos artigos 305, 308 e 312 do CTB. Lapso prescricional implementado entre a data de prolação da sentença e a data da decisão de recebimento da denúncia, não sendo marco interruptivo da prescrição a decisão que recebeu o respectivo aditamento, que não consistiu em imputação de fatos novos. Mérito. Pleito absolutório relativamente ao delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor que não merece socorro, tendo em vista a existência de acervo probatório que demonstra plenamente a autoria

delitiva. Pleito ministerial de reconhecimento da causa de aumento de pena estabelecida no artigo 302, parágrafo único (atual parágrafo 1.º), inciso III do CTB que não terá guarida, por isso que comprovado que o réu efetivamente solicitou o auxílio. Crime de corrupção ativa.

Insuficiência probatória que resultará na absolvição do réu que foi autor do atropelamento pelo delito de corrupção ativa. Autoria comprovada relativamente ao corréu, ora segundo apelante e apelado. Concurso formal que deverá ser afastado, tratando-se de hipótese de crime único, não obstante o envolvimento de dois policiais militares. Dosimetria. Pela condenação referente ao delito do artigo 302 da Lei n.º 9.503/2007, mantém-se a exasperação procedida na primeira etapa, uma vez que adequadamente fundamentada; na segunda etapa, circunstância atenuante inominada consistente no socorro à vítima que não incidirá, tendo em vista que a obrigação de prestar socorro decorre da lei, sob pena de incorrer o sujeito na respectiva causa especial de aumento de pena. Quantum final das reprimendas do crime de trânsito que deverá ser cancelado nesta seara.

Na condenação referente ao delito do artigo 333 do Código Penal (CP), a dosimetria merecerá revisão. Na primeira etapa, para atenuar a exasperação da pena-base, que foi exacerbada; na segunda etapa, mantém-se a circunstância agravante estabelecida no artigo 61, inciso II, alínea “b” do CP, por isso que não se confunde com a imputação de inovação artificiosa; na terceira etapa, o pleito ministerial de reconhecimento da causa especial de aumento de pena estabelecida no artigo 333, parágrafo único do CP merecerá prosperar, sendo esta referente à efetiva omissão de atos de ofício pelos policiais militares corrompidos. Para ambos os réus, uma vez atendidos os requisitos do artigo 44 do CP, dar-se-á a substituição das reprimendas corporais por penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim-de-semana, sendo fixado o regime semiaberto, em vista das circunstâncias judiciais desfavoráveis, para a hipótese de conversão. Recursos defensivos parcialmente providos, sendo também provido, em parte, o recurso do órgão estatal de acusação.

Os embargos de declaração opostos pela defesa e pela acusação foram rejeitados (e-STJ, fls. 2.737/2.739 e 2.741/2.757), por acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 2.761/2.770):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Acórdão unânime do Colegiado que proveu parcialmente os recursos.

Embargos declaratórios opostos pela Defesa técnica e também pela Procuradoria de Justiça. Revolvimento por ambas as partes de questões meritórias exaustivamente exploradas por ocasião do julgamento e explicitadas no bojo do acórdão. Fundamentos da absolvição de um dos réus pelo crime de corrupção passiva suficientes e bastantes. Revisão na dosimetria e critérios adotados para substituição das penas corporais por penas restritivas de direitos devidamente fundamentados. Medidas cautelares diversas da prisão decretadas no curso do processo na primeira instância - anteriormente à sentença e já superadas por esta -, que não demandam expressa revogação ou pronunciamento deste Tribunal revisor, o qual já suspendera anteriormente a execução do

Superior Tribunal de Justiça

decreto prisional até o trânsito em julgado da ação penal, em sede de habeas corpus. Acórdão que não padece de vícios.
Desprovisionamento dos embargos de declaração.

O *Parquet* opôs novos embargos declaratórios (e-STJ, fls. 2.802/2.811), que foram igualmente rejeitados pelo TJRJ (e-STJ, fls. 2.842/2.852):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO interpostos pela Procuradoria de Justiça. Reiteração. Acórdão unânime do Colegiado que desproveu os aclaratórios anteriores.

Revolvimento (reiterado) de provas relativas ao crime de corrupção ativa do qual foi absolvido um dos réus;

alegação de omissão quanto à definição acerca do fundamento da absolvição – se foi pela inexistência de prova do fato ou pela insuficiência de elementos;

reiteração de pretensão contida nos embargos anteriores quanto à imediata execução das penas, sob invocação do acórdão resultante do julgamento do HC n.º 126.292 no Supremo Tribunal Federal (STF), que seria supostamente recomendável em vista do quadro jurídico e penas impostas, que considerou diminutas (sic). As questões de mérito foram exaustivamente discutidas no julgamento do apelo e estão postas no acórdão, inclusive a fundamentação jurídica relativa à absolvição, de forma que a insistência do órgão ministerial demonstra tão-só o seu inconformismo com a solução alcançada no recurso. Pena in concreto referente ao homicídio culposo na direção de veículo automotor que aproximou-se do patamar máximo cominado pelo legislador, sendo impertinente a argumentação de que seria a pena diminuta. Acerca da execução penal antecipada, desconsidera a Procuradoria de Justiça que os réus tiveram reconhecido anteriormente, em sede de habeas corpus julgado por este Colegiado, o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal, sendo certo que o precedente invocado do STF não possui eficácia erga omnes e efeito vinculante e constitui pronunciamento não unânime daquela Colenda Corte. Acórdão que não padece de vícios.

Desprovisionamento dos embargos de declaração.

O Ministério Público denunciou RAFAEL DE SOUZA BUSSAMRA, Gabriel Henrique de Sousa Ribeiro, ROBERTO MARTINS BUSSAMRA e Guilherme de Souza Bussamra, imputando ao primeiro denunciado a prática dos delitos de homicídio doloso, corrupção ativa (duas vezes), fuga de local de acidente de veículo, participação em via pública de corrida automobilística não autorizada e fraude na pendência de procedimento policial; ao segundo, a prática do delito de participação em via pública de corrida automobilística não autorizada; ao terceiro, a prática dos delitos de corrupção ativa e fraude na pendência de procedimento policial; e ao quarto, a prática do delito de fraude na pendência de procedimento policial (e-STJ, fls. 3/10).

Com o declínio da competência para o Tribunal do Júri, tendo em vista a imputação do crime de homicídio a RAFAEL (e-STJ, fl. 431), a denúncia foi recebida (e-STJ, fls. 653/442).

Na decisão de e-STJ, 1.230/1.238, na fase do art. 419 do Código de Processo Penal, o II Tribunal do Júri da Comarca do Rio de Janeiro declarou extinta a punibilidade de Gabriel Henrique de Sousa Ribeiro e Guilherme de Souza Bussamra,

pelo cumprimento dos termos de transação penal (e-STJ, fls. 653/657) e desclassificou a imputação de homicídio doloso para de homicídio culposo, em relação a RAFAEL DE SOUZA BUSSAMRA e ROBERTO MARTINS BUSSAMRA.

A denúncia foi re-ratificada para imputar a RAFAEL DE SOUZA BUSSAMRA, a prática, em concurso material (art. 69 do CP), dos delitos tipificados nos artigos 302, parágrafo único, III, 305, 308 e 312 da Lei n. 9.503/1997 (CTB) e no art. 333 (por duas vezes, na forma do art. 70 do CP). Imputou a ROBERTO MARTINS BUSSAMRA, a prática, em concurso material (art. 69 do CP), das condutas delituosas do art. 312 da Lei n. 9.503/1997 e do art. 333 (por duas vezes, na forma do art. 70 do CP) – e-STJ, fls. 1.868/1.875.

Colhe-se, ainda, que o Juízo da 16ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro condenou (e-STJ, fls. 2.164/2.279):

a) RAFAEL DE SOUZA BUSSAMRA:

i) a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por igual período, pelo **crime de homicídio culposo na condução de veículo automotor** (art. 302 do CTB); ii) a 1 (um) ano de detenção e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por igual período, pelo crime de **participação em competição automobilística não autorizada** (art. 308 do CTB); iii) a 9 (nove) meses de detenção, pelo **crime de afastamento do local do acidente para fugir à responsabilidade penal** (art. 305 do CTB); iv) a 6 (seis) meses de detenção pelo **crime de inovação artificiosa em caso de acidente automobilístico** (art. 312 do CTB); v) a 7 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa, pela prática, em concurso formal (art. 70 do CP), de dois crimes de corrupção ativa (art. 333 c/c o art. 61, II, “b”, ambos do CP); e vi) pelo concurso material (art. 69 do CP), a soma das penas alcançou 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de detenção, em regime semiaberto, pagamento de 70 (setenta) dias-multa, cada um no valor de um salário mínimo vigente na época do fato, e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses.

b) ROBERTO MARTINS BUSSAMRA:

i) a 9 (nove) meses de detenção pelo **crime de inovação artificiosa em caso de acidente automobilístico** (art. 312 do CTB); a 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa, pela prática, em concurso formal (art. 70 do CP), de dois **crimes de corrupção ativa** (art. 333 c/c o art. 61, II, “b”, ambos do CP); pelo concurso material (art. 69 do CP), a soma das penas alcançou 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, 9 (nove) meses de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 70 (setenta) dias-multa, cada um no valor de um salário mínimo vigente na época do fato.

Ao final, decretou-se a prisão preventiva dos réus.

No julgamento das apelações (e-STJ, fls. 2.394/2.398 e 2.445/2.502), o TJRJ, por unanimidade, declarou extinta a punibilidade dos delitos dos artigos 305, 308 e 312, todos do CTB, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, deu parcial provimento à apelação da defesa, para:

a) declarar extinta a punibilidade dos delitos dos arts. 305, 308 e 312 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva;

b) absolver RAFAEL da imputação de corrupção ativa e para substituir a pena privativa de liberdade aplicada pelo crime de homicídio culposo na direção de

Superior Tribunal de Justiça

veículo automotor (art. 302 do CTB), por duas sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana; e

c) manter a condenação de ROBERTO por um crime único de corrupção ativa (art. 333 c/c o art. 61, II, "b", do CP), reduzir a pena-base e substituir a pena corporal por duas sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

O TJRJ deu parcial provimento à apelação do *Parquet*, para aplicar a causa de aumento do parágrafo único do art. 333 do CP e para majorar a pena de multa cumulativamente aplicada pela prática de corrupção ativa, na segunda e na terceira fases da dosimetria, pela agravante do art. 61, II, "b", do CP e pela majorante do art. 333, parágrafo único, do CP, respectivamente.

Em suas razões (e-STJ, fls. 2.923/2.968), além de divergência com a interpretação do art. 333 c/c o art. 70 do CP atribuída pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento da Apelação n. 173632-7, o *Parquet* assevera que o acórdão negou vigência a esses dispositivos, pois houve a prática de dois crimes de corrupção ativa perpetrados em concurso formal, uma vez que a vantagem indevida foi oferecida/prometida a DOIS servidores públicos distintos, em uma única ocasião.

Acrescenta que o aresto violou o art. 44, III, c/c o art. 59 do CP, porque, apesar de ter considerado que as circunstâncias judiciais não são favoráveis aos réus e de, em razão disso, ter fixado regime prisional inicial mais severo do que o *quantum* da pena aplicada (art. 33, § 3º, do CP), substituiu a pena privativa de liberdade aplicada a cada um deles, por sanções restritivas de direitos.

Ao final, requer o provimento do recurso, para que seja cassada a substituição da pena privativa de liberdade e restabelecido o concurso formal de crimes de corrupção imputado a ROBERTO MARTINS BUSSAMRA.

Sem contrarrazões (e-STJ, fl. 3.045). Após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ, fls. 3.048/3.064), os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de custos legis, ofertou parecer pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 3.242/3.258).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame do inconformismo.

No que tange à tese de existência de concurso formal entre dois crimes de corrupção ativa, transcreve-se trecho do acórdão sobre o tema (e-STJ, fls. 2.622/2.623 - grifos acrescidos):

[...]

Diante do quadro probatório, não restam dúvidas de que o réu ROBERTO, de forma livre e consciente, prometeu vantagem indevida aos policiais, de forma a evitar que o réu RAFAEL fosse detido e levado à Delegacia de Polícia para responder por sua conduta e que fossem escondidos e suprimidos os vestígios do crime, obtendo auxílio dos policiais para que o carro fosse escondido e posteriormente rebocado, com escolta policial até o Túnel Rebouças, para local onde pudesse ser reparado.

O conjunto probatório autoriza a condenação do réu ROBERTO pela prática do crime de corrupção ativa,

Superior Tribunal de Justiça

impondo-se, por outro lado, a absolvição do réu RAFAEL quanto a este delito, por insuficiência de provas.

A dosimetria merecerá ser revista, senão vejamos.

[...]

Quanto ao crime de corrupção ativa praticado pelo réu ROBERTO, verifica-se na sentença que as penas-base foram fixadas em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa.

Muito embora haja exaustiva fundamentação para tal severa elevação, nem todas as razões adotadas por S. Ex.^a poderão caracterizar circunstâncias judiciais negativas, devendo, a meu juízo, prevalecer apenas parcialmente os motivos que se referem à culpabilidade, que extrapolou razoavelmente à normal do tipo, e as circunstâncias do crime, notadamente as que se reportam à forma como se estendeu e desenvolveu a atuação dos policiais corruptos, como verdadeira “escorta privada” para o automóvel avariado.

Em suma, a fundamentação deve ser, em parte, prestigiada, reduzindo-se as penas-base a patamar mais razoável e proporcional à gravidade do evento, considerada a intensidade do dolo e as circunstâncias nas quais desdobraram-se as condutas.

Na segunda etapa, S. Ex.^a fez incidir a circunstância agravante do artigo 61, inciso II, alínea “b” do Código Penal, que a Defesa técnica pretende afastar, ao argumento de que ela se confunde com a imputação de inovação artificiosa, configurando-se o *bis in idem*.

O argumento não lhe socorre, pois não há, na hipótese, *bis in idem*.

Trata-se de circunstâncias diversas, restando sobejamente demonstrado nos autos que o crime de corrupção foi perpetrado com o objetivo de assegurar a ocultação e a impunidade do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

No ponto, merece provimento o recurso ministerial quando pugna pela incidência da sobredita agravante também sobre as penas de multa.

Na terceira etapa, o Ministério Público persegue o reconhecimento da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 333, parágrafo único do Código Penal, alegando que, muito embora não conste na capitulação da denúncia aditada tal causa de aumento, a efetiva omissão de atos de ofício (prisão em flagrante e apreensão do veículo) pelos policiais militares corrompidos foi efetivamente demonstrada nos autos e reconhecida na sentença.

Com efeito, tais circunstâncias estão devidamente narradas na denúncia aditada e exaustivamente demonstradas nos

autos, de forma que não há razão para não se fazer incidir a respectiva majoração.

Por fim, merecerá reforma a sentença quanto ao reconhecimento de que o réu ROBERTO praticou dois crimes de corrupção ativa em concurso formal, ao argumento de que foram dois funcionários públicos corrompidos.

Veja-se que os policiais militares não são vítimas do delito de corrupção ativa, que tem como sujeito passivo o Estado-Administração e cujo bem jurídico tutelado é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa.

Assim, a despeito do envolvimento de dois funcionários públicos, deve-se reconhecer, in casu, a ocorrência de crime único.

Eis a redação da cabeça do art. 70 do CP:

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Da leitura do dispositivo, observa-se que são requisitos para configuração do concurso formal (ideal) de crimes, uma única ação ou omissão e o cometimento de dois ou mais crimes (idênticos ou não). "O reconhecimento do concurso formal próprio exige que o agente, mediante apenas uma ação ou omissão, pratique dois ou mais crimes, idênticos ou não (Código Penal, art. 70, caput), ou seja, é necessário a presença de unidade de conduta e a pluralidade de resultados criminosos " (HC 374.334/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017).

O Ministério Público pleiteia o reconhecimento da existência de concurso formal entre dois crimes de corrupção ativa, que seriam resultado de ação praticada por ROBERTO MARTINS BUSSAMRA, que ofereceu vantagem indevida para que dois agentes de polícia deixassem de praticar ato de ofício, relacionados ao registro da ocorrência, com a identificação dos responsáveis.

A hipótese - de uma ação resultar na prática de dois crimes idênticos - caracteriza o concurso formal homogêneo.

Todavia, como reputou o TJRJ, o caso não é de concurso formal de crimes, tendo em vista que somente houve a prática de um único delito de corrupção ativa.

Diz o art. 333 do CP:

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou

Superior Tribunal de Justiça

retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, para a caracterização do tipo previsto no art. 333 do CP é necessário, apenas, que a promessa de vantagem seja anterior à prática do ato de ofício, sendo certo, outrossim, que o delito se consuma no momento em que o suborno é oferecido ou prometido. O crime consuma-se mesmo que o funcionário público recuse a vantagem oferecida ou prometida.

O sujeito passivo do delito de corrupção ativa é o Estado e o bem jurídico tutelado, a Administração Pública. A conduta atingiu apenas um único resultado típico, não importando o fato de a promessa/vantagem ter sido oferecida a dois agentes de polícia.

O recorrente alega que a "prevalecer o entendimento consagrado no v. acórdão, caso haja na mesma circunstância o oferecimento da oferta a um segundo policial, estar-se-ia diante de um indiferente penal, pois como o sujeito passivo (Administração Pública) já estaria atingido teríamos um crime único. Assim, o particular estaria autorizado a procurar tantos funcionários públicos quanto fossem necessários para convencê-los a não praticar o ato de ofício, sem que pudesse sofrer qualquer reprimenda por tal conduta " (e-STJ, fls. 2.951/2.952).

O argumento, em princípio, não caracterizaria concurso **formal** de crimes (art. 70 do CP), pois, conforme o exemplo, teriam sido praticadas várias condutas.

Não se verifica, também, similitude fática com o caso julgado na Apelação Crime n. 173.632-7, apontado como paradigma pelo recorrente (e-STJ, fls. 2.969/2.981), em que um vereador, durante uma sessão da Câmara, ofereceu vantagem para que cinco outros vereadores votassem contrariamente à instalação de uma comissão processante.

Diferentemente do caso dos autos, no paradigma, o ato que o agente ativo (vereador) pretendia fosse praticado dependia da ação de vários outros vereadores, pois havia um *quorum* mínimo de votos para instalar a comissão processante. Dependia da função exercida por cada um dos vereadores corrompidos, ou seja, de pluralidade de resultados (atos).

Neste caso, o resultado encontrava-se dentro da esfera de atribuições de qualquer um dos policiais.

Não se vislumbra, por conseguinte, divergência de interpretação, por ausência de similitude fática entre os arestos.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade aplicada aos réus, o TJRJ manifestou-se com a seguinte fundamentação (e-STJ, fls. 2.623/2.624):

[...]

Revisitando os cálculos, teremos:

Para a condenação do réu RAFAEL, pela prática do crime do artigo 302 do CTB: a) na primeira etapa, penas-base fixadas em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de detenção, e suspensão da habilitação pelo mesmo prazo, chancelada a fundamentação da sentença; b) na segunda etapa, não

incidirão agravantes ou atenuantes, conforme já esclarecido alhures; c) na terceira etapa, não há causas de aumento ou diminuição. As penas se concretizarão em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de detenção, e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo mesmo período.

Uma vez presentes os requisitos do artigo 44 do CP, concede-se a substituição da pena corporal por 02 (duas) penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim-de-semana pelo mesmo período. **Em vista das circunstâncias judiciais desfavoráveis e por se mostrar mais adequado à repressão e prevenção do delito em questão, fixa-se o regime prisional semiaberto para a hipótese de conversão.**

Para a condenação do réu ROBERTO, pela prática do crime do artigo 333 do CP: a) na primeira etapa, penas-base fixadas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 12 DM, mantida, em parte, a fundamentação da sentença, conforme já explanado anteriormente; b) na segunda etapa, mantém-se a exasperação em 1/6, conforme procedida pelo Juízo, chegando-se, à pena intermediária de 02 (dois) anos, 11 (onze) meses e 14 DM; c) na terceira etapa, incidirá a causa especial de aumento de pena estabelecida no parágrafo único, conforme requerida pelo Ministério Público, majorando-se as penas em um terço. As penas se concretizarão em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais pagamento de 18 dias-multa, à razão mínima diária.

Presentes os requisitos do artigo 44 do CP, deverá ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim-de-semana pelo mesmo período. **Em vista das circunstâncias judiciais desfavoráveis e por se mostrar mais adequado à repressão e prevenção do delito em questão, fixo o regime prisional semiaberto para a hipótese de conversão.**

[...]

Da leitura do excerto, percebe-se que, apesar de o TJRJ ter considerado presentes os requisitos de substituição da pena corporal por sanções restritivas de direitos, utilizou o exame desfavorável de algumas circunstâncias do art. 59 do CP como fundamento para estabelecer regime prisional mais severo do que o adequado à pena aplicada.

Como é ressabido, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos condiciona-se ao cumprimento dos requisitos do art. 44 do CP, cuja redação é a seguinte:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e

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 culposos;

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.

Os réus são primários e a reprimenda definitiva aplicada a cada um é inferior a 4 anos, o que atende os requisitos objetivos do art. 44, I e II, do CP.

No entanto, constata-se que o requisito subjetivo do art. 44, III, do CP não foi atendido, tendo em vista que o exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não é favorável aos réus. Esse requisito busca, principalmente, aferir se a substituição será suficiente para repressão do delito. Como dito, a ponderação desabonadora de algumas circunstâncias judiciais influenciou o acórdão na escolha de regime prisional mais grave, ex vi do art. 33, § 3º, do CP.

Nessa linha, confirmam-se os precedentes (grifos acrescidos):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
[...] CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DO CRIME. REGIME INICIAL SEMIABERTO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. PENA SUBSTITUTIVA. NÃO PREENCHIMENTO DO ART. 44, III, DO CP. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
[...]

7. Está justificada a análise negativa das circunstâncias e das consequências do crime se a sentença registrou o minucioso planejamento do estelionato, com o auxílio de policiais civis, e qualificou como grave o prejuízo ao patrimônio de garimpeiros, pessoas humildes que se dedicavam a atividade insalubre, perigosa e de difícil êxito, quantificado na sentença em R\$ 400 mil. Os elementos assinalados não são inerentes ao tipo penal e não podem ser reexaminados subjetivamente no recurso especial.

8. Para a fixação do regime prisional e para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que o órgão jurisdicional analise não somente o quantum da pena e a eventual primariedade do réu mas também a presença, ou não, de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

9. É suficiente indicar o art. 33, § 3º, do CP e o não preenchimento do requisito subjetivo estabelecido no art. 44, III, do CP, para justificar o regime inicial semiaberto e a **impossibilidade de aplicação de penas substitutivas, insuficientes para a prevenção e a repressão de crime considerado mais grave quando comparado a outros estelionatos.**

10. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1039077/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. [...] PENA IGUAL A 4 ANOS. **CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. AGRAVO DESPROVIDO.**

[...]

3. É assente nesta Corte Superior o entendimento de que a existência de circunstância judicial desfavorável permite o estabelecimento de regime mais gravoso que o previsto pela quantidade de pena. No caso, ainda que a pena aplicada não seja superior a 4 anos, a existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a fixação de regime prisional semiaberto.

4. **O art. 44 do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "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". No caso, não preenchido o requisito subjetivo, inviável a conversão.**

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1455786/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

Dessarte, verifica-se que o Tribunal a quo dissentiu do entendimento deste Sodalício, devendo ser acolhida a insurgência recursal no ponto.

Diante do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II e III, do RISTJ, **dá-se parcial provimento ao recurso especial**, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos acima expostos.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2018.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator