



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2408378 - PR (2023/0242410-3)

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE** : LUIZ CARLOS PEREIRA  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESFAVORECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CRITÉRIO DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MULTIRREINCIDÊNCIA. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão nesta instância extraordinária apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de reexame do acervo fático-probatório dos autos.

2. Com efeito, é garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, o que se verifica na espécie, já que apresentadas pelo Tribunal de origem situações que desbordam do tipo e revelam maior desvalor na conduta perpetrada.

3. Outrossim, *"a jurisprudência do STJ não impõe ao magistrado a adoção de uma fração específica, aplicável a todos os casos, a ser utilizada na valoração negativa das vetoriais previstas no art. 59 do CP"* (AgRg no AREsp n. 2.045.906/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 30/3/2023).

4. *"O art. 44, § 3º, do Código Penal possibilita a concessão da substituição da pena ao condenado reincidente, desde que atendidos dois requisitos cumulativos: a medida seja socialmente recomendável, em face de condenação anterior, e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, isto é, não seja reincidência específica"* (AgRg no AREsp n. 2.150.896/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022).

5. No caso dos autos, o Tribunal de origem consignou que o agravante possui maus antecedentes e, ainda, duas condenações aptas a caracterizar a reincidência. Apontou, portanto, elementos concretos dos autos aptos a evidenciar a inadequação da substituição da pena.

6. Agravo regimental improvido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de junho de 2024.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2408378 - PR (2023/0242410-3)

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE** : LUIZ CARLOS PEREIRA  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESFAVORECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CRITÉRIO DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MULTIRREINCIDÊNCIA. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão nesta instância extraordinária apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de reexame do acervo fático-probatório dos autos.

2. Com efeito, é garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, o que se verifica na espécie, já que apresentadas pelo Tribunal de origem situações que desbordam do tipo e revelam maior desvalor na conduta perpetrada.

3. Outrossim, *"a jurisprudência do STJ não impõe ao magistrado a adoção de uma fração específica, aplicável a todos os casos, a ser utilizada na valoração negativa das vetoriais previstas no art. 59 do CP"* (AgRg no AREsp n. 2.045.906/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 30/3/2023).

4. *"O art. 44, § 3º, do Código Penal possibilita a concessão da substituição da pena ao condenado reincidente, desde que atendidos dois requisitos cumulativos: a medida seja socialmente recomendável, em face de condenação anterior, e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, isto é, não seja reincidência específica"* (AgRg no AREsp n. 2.150.896/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022).

5. No caso dos autos, o Tribunal de origem consignou que o agravante possui maus antecedentes e, ainda, duas condenações aptas a caracterizar a reincidência. Apontou, portanto, elementos concretos dos autos aptos a evidenciar a inadequação da substituição da pena.

6. Agravo regimental improvido.

## RELATÓRIO

### O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por LUIZ CARLOS PEREIRA contra decisão que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial, mantendo, por conseguinte, a pena de 1 ano, 7 meses e 7 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, imposta ao recorrido pela prática do delito de contrabando.

Nas razões do presente recurso, a defesa insiste nas teses recursais de que a elevação da pena-base teria sido desproporcional, e, ainda, na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, pleiteia a reconsideração da decisão ou o julgamento do recurso pela Sexta Turma.

É o relatório.

## VOTO

### O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos, *in verbis* (e-STJ fls. 398/402):

*Preliminarmente, cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.*

*Na hipótese, o Tribunal de origem, ao julgar a apelação da defesa, manteve a dosimetria da pena com espeque nos seguintes argumentos (e-STJ fls. 289/291):*

*Assim, considerando serem duas as condenações aptas à negatização da vetorial, vai mantida a pena basilar tal como aplicada na origem, no patamar de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, por se mostrar adequado e suficiente o quantum ao desvalor da vetorial.*

*Na segunda etapa, incide a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, pois o acusado confessou espontaneamente a autoria*

do crime, e a agravante da reincidência, pois o réu possui duas condenações definitivas, as quais transitaram em julgado previamente ao cometimento dos fatos em análise (evento 32, FICHIND5processos nº5004926-50.2016.4.04.7009 e nº 5006705-40.2016.4.04.7009), conforme delineado alhures.

[...]

Assim, a condenação remanescente autoriza majorar a pena provisória em 1/6 (um sexto), tal como aplicado em sentença, o que eleva a reprimenda, nesta segunda fase da dosimetria, para 1 (um) ano, 7 (sete) meses e 7 (sete) dias de reclusão, a qual torno definitiva na ausência de majorantes e minorantes.

Diante da reincidência da parte ré, e do quantum de pena fixado, mantenho o regime inicial semiaberto para cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, §2º, "b", do Código Penal. Apesar de a pena privativa de liberdade fixada ser inferior a 04 (quatro) anos, mostra-se incabível sua substituição por restritivas de direitos, pois o réu possui antecedentes desfavoráveis e é multirreincidente, de forma que a medida mais branda seria insuficiente para a repressão da conduta.

Inicialmente, quanto ao patamar de aumento da pena-base, rememoro que não há um critério matemático para a escolha das frações de aumento em função da negativação dos vetores contidos no art. 59 do Código Penal. Ao contrário, é garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

A respeito, colaciono o seguinte julgado desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. MAUS ANTECEDENTES. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES DEFINITIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. PRETENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.

1. A legislação penal não estabeleceu nenhum critério matemático (fração) para a fixação da pena na primeira fase da dosimetria. **Nessa linha, a jurisprudência desta Corte tem admitido desde a aplicação de frações de aumento para cada vetorial negativa: 1/8, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador** (HC n. 463.936/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/9/2018); ou 1/6 (HC n. 475.360/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/12/2018); como também a fixação da pena-base sem a adoção de nenhum critério matemático.[...] **Não há falar em um critério matemático impositivo estabelecido pela jurisprudência desta Corte**, mas, sim, em um controle de legalidade do critério eleito pela instância ordinária, de modo a averiguar se a pena-base foi estabelecida mediante o uso de fundamentação idônea e concreta (discricionariedade vinculada) - (AgRg no HC n. 603.620/MS, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 6/10/2020, DJe 9/10/2020) - (AgRg no HC n. 558.538/DF, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 13/4/2021).

[...]

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 699.488/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021, grifei.)

No caso dos autos, não vislumbro na espécie nenhuma ofensa à legislação federal no procedimento dosimétrico adotado pelo Tribunal de origem apta a ensejar o redimensionamento da pena por esta instância extraordinária.

Por fim, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, esta Corte Superior 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 n. 353.206/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 9/8/2016, DJe de 24/8/2016).

**Verifica-se que o indeferimento da substituição da pena foi devidamente justificado pelo Tribunal de origem, que entendeu não ser recomendável, no caso, a referida permuta em razão da multirreincidência do recorrente e do fato de ele possuir antecedentes.**

Nesse mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DO RECURSO ADEQUADO. INADMISSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RÉU REINCENTE. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE ERRO NA DOSIMETRIA. SUPRESSÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ILEGALIDADE. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DOS AUTOS. AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

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.

3. Inviável a análise da alegação de que houve utilização indevida de julgado como agravante da reincidência. Questão não enfrentada na origem, vedada a supressão de instância, além de não ter sido comprovada, de plano, no presente writ, ausentes os documentos essenciais e comprobatórios.

Manifesta a deficiência na instrução dos autos, sendo vedada a ampla dilação probatória em habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 352.111/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 8/11/2016, DJe 21/11/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA EM CRIME DOLOSO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INC. II, CP). WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

III - Para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos, o que não se verifica na hipótese dos autos.

IV - A presença de reincidência, reconhecido na condenação, não autoriza a

*substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento de requisito subjetivo previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal.*

*Habeas corpus não conhecido. (HC 523.985/RJ, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019)*

*À vista do exposto, conheço do agravo e nego provimento ao recurso especial.*

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

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2023/0242410-3

**AgRg no**  
**AREsp 2.408.378 /**  
**PR**  
**MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 125001000344202117 50131692220214047004

EM MESA

**JULGADO: 04/06/2024**

**Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

**AUTUAÇÃO**

AGRAVANTE : LUIZ CARLOS PEREIRA  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -  
Contrabando ou descaminho

**AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : LUIZ CARLOS PEREIRA  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.