AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2469857 - DF (2023/0347483-7)

RELATOR	:	**MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**
AGRAVANTE	:	ALEXANDRE FERREIRA DE SOUSA
ADVOGADOS	:	NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DO UNICEUB CAMYLLA SILVA BATISTA - DF051126 ALEXANDRE ANDRE ANICETO MOREIRA DOS SANTOS - DF035749
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPTAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA NÃO RECOMENDADA SOCIALMENTE. REGIME PRISIONAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA. *REFORMATIO IN PEJUS* NÃO CARACTERIZADA. INEXISTÊNCIA DE RECRUDESCIMENTO DA SITUAÇÃO DO RÉU.

1. Para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, é necessário que o apenado, além dos requisitos legais objetivos, satisfaça o pressuposto de ordem subjetiva, previsto no § 3º do art. 44 do Código Penal, cabendo ao magistrado, sempre atento às diretrizes impostas pelo princípio da discricionariedade motivada, a avaliação acerca da viabilidade social da medida.

2. No caso, a partir de fundamentos concretos e válidos, entendeu a Corte *a quo* que a conversão da pena privativa de liberdade não se mostrava socialmente recomendável, pois, embora o réu seja reincidente genérico, voltou a delinquir enquanto cumpria pena no regime aberto, revelando que a concessão do benefício não se mostraria suficiente à prevenção e à repressão de novos crimes.

3. "Não se constata *reformatio in pejus* na hipótese em que o Colegiado estadual apenas mantém [...] o regime inicial mais gravoso, embora com fundamento diverso, sem agravar a pena que fora imposta no julgamento da apelação" (AgRg no HC n. 732.043/DF, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

4. A teor da literalidade do art. 33, § 2º, do Código Penal, constata-se

Documento eletrônico VDA41543008 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JESUÍNO APARECIDO RISSATO Assinado em: 15/05/2024 16:40:19
Código de Controle do Documento: b93fc094-ab99-4d4b-a7d2-48c9f5bcafa3

que a reincidência constitui fundamento válido para a fixação de regime prisional imediatamente mais gravoso.

5. 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 Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de maio de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator

Documento eletrônico VDA41543008 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JESUÍNO APARECIDO RISSATO Assinado em: 15/05/2024 16:40:19
Código de Controle do Documento: b93fc094-ab99-4d4b-a7d2-48c9f5bcafa3

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2469857 - DF (2023/0347483-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**
AGRAVANTE	:	ALEXANDRE FERREIRA DE SOUSA
ADVOGADOS	:	NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DO UNICEUB CAMYLLA SILVA BATISTA - DF051126 ALEXANDRE ANDRE ANICETO MOREIRA DOS SANTOS - DF035749
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPTAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA NÃO RECOMENDADA SOCIALMENTE. REGIME PRISIONAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA. *REFORMATIO IN PEJUS* NÃO CARACTERIZADA. INEXISTÊNCIA DE RECRUDESCIMENTO DA SITUAÇÃO DO RÉU.

1. Para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, é necessário que o apenado, além dos requisitos legais objetivos, satisfaça o pressuposto de ordem subjetiva, previsto no § 3º do art. 44 do Código Penal, cabendo ao magistrado, sempre atento às diretrizes impostas pelo princípio da discricionariedade motivada, a avaliação acerca da viabilidade social da medida.

2. No caso, a partir de fundamentos concretos e válidos, entendeu a Corte *a quo* que a conversão da pena privativa de liberdade não se mostrava socialmente recomendável, pois, embora o réu seja reincidente genérico, voltou a delinquir enquanto cumpria pena no regime aberto, revelando que a concessão do benefício não se mostraria suficiente à prevenção e à repressão de novos crimes.

3. "Não se constata *reformatio in pejus* na hipótese em que o Colegiado estadual apenas mantém [...] o regime inicial mais gravoso, embora com fundamento diverso, sem agravar a pena que fora imposta no julgamento da apelação" (AgRg no HC n. 732.043/DF, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

4. A teor da literalidade do art. 33, § 2º, do Código Penal, constata-se

Documento eletrônico VDA41543010 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JESUÍNO APARECIDO RISSATO Assinado em: 15/05/2024 18:24:29
Código de Controle do Documento: cf642555-eb27-4a94-ac7b-9d7c77e463f2

que a reincidência constitui fundamento válido para a fixação de regime prisional imediatamente mais gravoso.

5. Agravo regimental improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 439-442, em que se conheceu do agravo para não se conhecer do recurso especial.

Alega o agravante que, "no caso em questão, o agravante possui uma condenação anterior por tráfico de drogas, previsto na Lei 11.343/2006, enquanto o crime em debate é o de receptação, tipificada no art. 180, *caput*, do Código Penal – ou seja, é de saltar aos olhos a ausência de reincidência específica. Assim, a substituição da reprimenda pela restritiva de direitos ao réu é suficiente para prevenir e reprimir o delito, considerando que esta é a primeira vez que este comete um crime contra o patrimônio" (fl. 452).

Defende que, no tocante à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, houve grande equívoco, "**A uma** porque, conforme exposto previamente (e-STJ Fl. 385), a sentença de primeiro grau estabeleceu o regime semiaberto apenas devido à reincidência do recorrente, enquanto que o acórdão utilizou como argumento a suposta não-recomendabilidade social. Ou seja, o Tribunal manteve a pena privativa de liberdade em regime semiaberto com base em uma fundamentação diferente daquela usada na sentença condenatória – o que configura uma clara violação aos princípios da congruência, da non reformatio in pejus, bem como ao art. 617 do CPP [...] A **duas** porque é inegável a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que o acórdão utilizou-se de fundamentação nova para negar o pedido do recorrente, sem oportunizar-lhe manifestação. Ao assim agir, houve claro constrangimento ilegal, dado o prejuízo inegável causado ao réu. A **três** porque há diversas orientações jurisprudenciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e por este Egrégio Tribunal de Justiça, as quais sustentam a tese defensiva, no sentido de que o réu pode iniciar o cumprimento de pena no regime inicial mais brando (aberto) ainda que possua qualidade de reincidente e/ou maus antecedentes – especialmente nos casos em que as circunstâncias do crime justifiquem a aplicação mais amena" (fls. 453-454).

Busca a retratação da decisão agravada ou a sua submissão ao órgão colegiado.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios apresentou impugnação,

Documento eletrônico VDA41543010 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JESUÍNO APARECIDO RISSATO Assinado em: 15/05/2024 18:24:29
Código de Controle do Documento: cf642555-eb27-4a94-ac7b-9d7c77e463f2

manifestando-se pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 468-472).

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada foi assim proferida (fls. 439-442):

> Trata-se de agravo em recurso especial interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso especial por incidência da Súmula n. 7/STJ.
>
> Sustenta o agravante, em apertada síntese, que a decisão agravada diverge do entendimento desta Corte no que se refere à aplicabilidade da Súmula n. 7/STJ, porquanto "as premissas fáticas necessárias ao acolhimento da pretensão já foram exaustivamente debatidas na instância de origem, de modo que é absolutamente dispensado o revolvimento de fatos e provas acostados aos autos" (fl. 411).
>
> O recurso é tempestivo e ataca o fundamento da decisão agravada. Passa-se, portanto, à análise do mérito.
>
> Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 1 ano de reclusão, em regime semiaberto, e 10 dias-multa, pelo crime do art. 180, caput, do CP – receptação.
>
> Interposta apelação, foi-lhe negado provimento.
>
> Nas razões do especial, alega a defesa violação do art. 315, §2º, IV, do CPP e art. 44, §3º do CP.
>
> Requer o provimento do recurso para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, diante do não enquadramento do recorrente na condição de reincidente específico.
>
> Apresentada a contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.
>
> O Tribunal local assim se manifestou acerca da pretensão de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos (fls. 327-329):
>
> > Favoráveis as circunstâncias judiciais, compensada a confissão espontânea coma reincidência e sem causas de aumento ou diminuição, a pena definitiva foi fixada em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão do mínimo legal.
> >
> > A sentença fixou regime semiaberto e não substituiu a pena corporal por restritiva de direitos, nos seguintes termos:
> >
> > "(...) Com fulcro no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a reincidência do réu.
> >
> > Não incide no caso o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.
> >
> > Com fulcro no artigo 44, II, do Código Penal, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista ser o réu reincidente. (...)" (ID 40980378)
> >
> > Para se estipular o regime prisional deve-se considerar, além do montante da pena, se o réu é primário e se existem circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP).
> >
> > No caso, o réu é reincidente - ostenta condenação anterior pelo crime do art. 33,caput, da L. 11.343/06 (autos 2017.01.1.044781-3, com trânsito em julgado em 11.12.17 -ID 40960369, p. 5).
> >
> > A defesa faz menção aos autos em que se imputou ao réu a conduta do art. 28 da L. 11.343/06 (2017.12.1.003659-0- (ID 40960369, p. 4). Não foi essa condenação, contudo, a utilizada para fins de reincidência.
> >
> > Reincidente o réu, condenado à pena igual ou inferior a quatro anos, o

Documento eletrônico VDA41543010 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JESUÍNO APARECIDO RISSATO Assinado em: 15/05/2024 18:24:29
Código de Controle do Documento: cf642555-eb27-4a94-ac7b-9d7c77e463f2

regime prisional mais brando admitido pela lei é o semiaberto.

É o que decidiu o e. STJ:[...]

Reincidente o réu, é de se manter o regime prisional semiaberto.

O juiz poderá substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado reincidente, 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 (art. 44, §3º, do CP).

Conquanto, no caso, a reincidência não seja específica, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não é recomendável.

O réu foi condenado anteriormente por crime doloso e, conforme relatório da situação processual executória, gerado em 22.7.22, cumpria pena no regime aberto quando voltou a delinquir. As circunstâncias indicam, assim, que a substituição não é recomendável.

O benefício do art. 44 do CP para reincidentes é exceção à regra, quando presentes circunstâncias que indiquem a adequação da medida. Não é o caso.

Nesse sentido são os precedentes do Tribunal:

[...]

Nego provimento.

Com efeito, embora o recorrente realmente preencha os requisitos legais objetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, o § 3º do art. 44 também estabelece pressuposto de ordem subjetiva, atribuindo ao magistrado, sempre atento às diretrizes impostas pelo princípio da discricionariedade motivada, a avaliação acerca da viabilidade social da medida.

Foi nesse contexto que a Corte estadual firmou o entendimento de que "O réu foi condenado anteriormente por crime doloso e, conforme relatório da situação processual executória, gerado em 22.7.22,cumpria pena no regime aberto quando voltou a delinquir. As circunstâncias indicam, assim, que a substituição não é recomendável".

Como se vê, a partir de fundamentos concretos e válidos, entendeu a Corte a quo que a conversão da pena privativa de liberdade não se mostrava socialmente recomendável, pois, embora o réu seja reincidente genérico, voltou a delinquir enquanto cumpria pena no regime aberto, revelando-se que, no caso, a concessão do benefício não se mostraria suficiente à prevenção e à repressão de novos crimes. A propósito, confiram-se:

[...]

Quanto ao regime prisional, o acórdão recorrido tampouco comporta modificação, porquanto alinhado à jurisprudência dessa Corte, fixada no sentido de que a reincidência configura motivação idônea para o recrudescimento do modo inicial de cumprimento de pena para o imediatamente mais gravoso, no caso, o semiaberto.

Assim, por se encontrar o acórdão recorrido em consonância com jurisprudência firmada nessa Corte, a pretensão da parte agravante esbarra no óbice previsto no Enunciado n. 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

Ante o exposto, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

No caso dos autos, consoante bem disposto na decisão agravada, verifica-se que, a despeito de satisfeitos os requisitos legais objetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, as instâncias ordinárias, mediante fundamentação idônea, entenderam que o caso dos autos não se revestia do pressuposto subjetivo constante do § 3º do art. 44 do Código Penal, porquanto o réu voltou a delinquir enquanto cumpria pena no regime aberto, situação reveladora de que a concessão do

Documento eletrônico VDA41543010 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JESUÍNO APARECIDO RISSATO Assinado em: 15/05/2024 18:24:29
Código de Controle do Documento: cf642555-eb27-4a94-ac7b-9d7c77e463f2

benefício não se mostraria suficiente à prevenção e à repressão de novos crimes.

Claro, portanto, que o benefício, ao contrário do que alega a defesa, não foi elidido pela condição de reincidente genérico do réu.

Com relação ao regime prisional, o recrudescimento decorreu de previsão literal do art. 33, § 2º, *b* e *c*, do Código Penal, impondo-se o asseveramento do modo prisional em decorrência da reincidência do agravante.

No tocante à tese de configuração de *reformatio in pejus*, a jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que, ainda que seja agregada fundamentação pelo Tribunal *a quo* em apelação exclusiva da defesa, não há falar em *reformatio in pejus* quando a situação do réu não for agravada em relação à pena que lhe foi aplicada em primeiro grau. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ACÓRDÃO QUE, NO JULGAMENTO DA REVISÃO CRIMINAL, MANTEVE A NEGATIVA DE INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CARACTERIZADA. INEXISTÊNCIA DE RECRUDESCIMENTO DA SITUAÇÃO DO RÉU. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE MAIOR RIGOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. **Não se constata reformatio in pejus na hipótese em que o Colegiado estadual apenas mantém** a negativa de incidência da minorante do tráfico privilegiado e **o regime inicial mais gravoso, embora com fundamento diverso, sem agravar a pena que fora imposta no julgamento da apelação. Precedentes desta Corte Superior de Justiça.**
>
> [...]
>
> 5. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no HC n. 732.043/DF, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

Tendo em conta que a Corte *a quo* limitou-se a agregar novos fundamentos para justificar o regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da pena aplicada, sem, contudo, modificar o regime imposto na sentença, não vislumbro a suscitada *reformatio in pejus*.

Como se vê, o agravante limita-se a repisar os termos da impetração em sua peça recursal, razão pela qual concluo que inexistem elementos suficientes para infirmar a decisão impugnada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, nenhuma censura merece o decisório agravado, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Documento eletrônico VDA41543010 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JESUÍNO APARECIDO RISSATO Assinado em: 15/05/2024 18:24:29
Código de Controle do Documento: cf642555-eb27-4a94-ac7b-9d7c77e463f2

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Documento eletrônico VDA41543010 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JESUÍNO APARECIDO RISSATO Assinado em: 15/05/2024 18:24:29
Código de Controle do Documento: cf642555-eb27-4a94-ac7b-9d7c77e463f2

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0347483-7

AgRg no AREsp 2.469.857 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 07017478920218070016

EM MESA

JULGADO: 14/05/2024

Relator
Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ARTHUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	ALEXANDRE FERREIRA DE SOUSA
ADVOGADOS	:	NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DO UNICEUB
		CAMYLLA SILVA BATISTA - DF051126
		ALEXANDRE ANDRE ANICETO MOREIRA DOS SANTOS - DF035749
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	ALEXANDRE FERREIRA DE SOUSA
ADVOGADOS	:	NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DO UNICEUB
		CAMYLLA SILVA BATISTA - DF051126
		ALEXANDRE ANDRE ANICETO MOREIRA DOS SANTOS - DF035749
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

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 Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA41524088 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA, SEXTA TURMA Assinado em: 14/05/2024 18:06:06
Código de Controle do Documento: 69AC9D94-A4EC-419B-B1DB-09E275A3D858