



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2122273 - SP (2024/0033444-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : JOSE EDUARDO FLORENCIANO
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, IN CASU. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA, CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. O art. 44, § 3º, do Código Penal admite a substituição a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito.

2. No caso em apreço, em se tratando de reincidência não específica, decorrente de delito praticado sem violência (tráfico privilegiado) e, ainda, diante das circunstâncias judiciais favoráveis do réu, reputo socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

3. Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 21 de maio de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2122273 - SP (2024/0033444-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : JOSE EDUARDO FLORENCIANO
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, IN CASU. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA, CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. O art. 44, § 3º, do Código Penal admite a substituição a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito.

2. No caso em apreço, em se tratando de reincidência não específica, decorrente de delito praticado sem violência (tráfico privilegiado) e, ainda, diante das circunstâncias judiciais favoráveis do réu, reputo socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

3. Agravo regimental provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por JOSÉ EDUARDO FLORENCIANO contra decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial para reconhecer a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, com a consequente readequação da pena (e-STJ fls. 239/241).

Nas razões do presente recurso, a defesa alega ser possível a aplicação da regra do § 3º do art. 44 do Código Penal, que permite a substituição da pena ao reincidente quando a condenação anterior for pelo mesmo crime e seja socialmente recomendável, como no caso, em que o agravante foi condenado por tráfico.

Diante disso, pede seja reconhecido o direito à substituição da pena privativa

de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

VOTO

Busca-se, essencialmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso, o paciente foi condenado pela prática do crime de furto qualificado, "porque no dia 29 de novembro de 2022, por volta das 21h40, na empresa PALINI & ALVES LTDA, situada na Rua Ovídio Piagentini, nº 225, nesta cidade e comarca, agindo com determinado *animus furandi*, subtraiu, para si, mediante abuso de confiança, dois inversores e uma chave SoftStart, bens de propriedade da sobredita empresa, representada por Fabio Facanali Alves" (e-STJ fl. 141).

Assim, tratando-se de réu com condenação definitiva por tráfico de drogas na forma privilegiada e condenado à pena de 2 anos de reclusão por crime sem violência ou grave ameaça, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, entendo ser socialmente recomendável a substituição da pena, nos termos do art. 44, II e § 3º, do CP).

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, IN CASU. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA, CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O art. 44, § 3º, do Código Penal admite a substituição a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito.

2. No caso em apreço, em se tratando de reincidência não específica, decorrente de delito praticado sem violência e, ainda, diante da favorabilidade das circunstâncias judiciais, reputo socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.842.235/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/12/2019, DJe de 17/12/2019.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS NA FORMA PRIVILEGIADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", e § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A jurisprudência deste Tribunal Superior, firmou-se no sentido de que, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Magistrado deve levar em consideração a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06). No caso dos autos, não se mostra desarrazoada a aplicação do quantum de redução no patamar de 1/2, tendo em vista a quantidade da droga apreendida e as circunstâncias do delito. 3. Ademais, a reforma do entendimento consignado pelas instâncias ordinárias no que se refere ao quantum de redução aplicado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. 4.

Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

5. No caso dos autos, aplicada a causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, somado ao quantum da condenação (2 anos e 6 meses de reclusão), à primariedade e ao fato de não terem sido apontadas outras circunstâncias desfavoráveis, entendo que o paciente faz jus ao regime aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

6. O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Na hipótese, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais o favorecem.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem especificadas pelo Juízo de Execuções.

(HC n. 456.110/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe de 12/9/2018.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado. III - De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que "se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo".

IV - Na hipótese, considerando a reincidência genérica do paciente, referente à condenação pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas, o qual sequer é punido com pena privativa de liberdade, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento da pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

V - Preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo a quo.

(HC n. 478.757/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 5/2/2019, DJe de 11/2/2019.)

Agravo regimental **provido** para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma estabelecida pelo Juízo das Execuções.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0033444-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.122.273 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

AgRg no

Números Origem: 00047058720238260502 15011658420228260180 23249932022
47058720238260502

EM MESA

JULGADO: 21/05/2024

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSE EDUARDO FLORENCIANO
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOSE EDUARDO FLORENCIANO
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.