SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2631465 - SP (2024/0165034-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**
AGRAVANTE	:	AUGUSTO CESAR DA CONCEICAO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUIS CESAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A presença da agravante da reincidência, ainda que não específica, pode tornar inviável a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44, § 3º, do CP, tendo em vista não ser medida socialmente recomendável. Precedentes.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem, de forma motivada, concluiu que a modificação da pena corporal por restritiva de direitos não era socialmente recomendável.

3. Modificar o entendimento adotado pela Corte estadual demandaria nova análise do conjunto probatório dos autos, situação vedada pela Súmula n. 7/STJ.

4. A ausência de análise, pela instância ordinária, de teses apresentadas pela Defesa, inviabiliza o conhecimento do recurso especial por falta de prequestionamento, haja vista a incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

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 Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Documento eletrônico VDA44466980 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO Assinado em: 18/11/2024 10:32:45
Código de Controle do Documento: 5a59ac15-32e0-43af-97f4-fc94cea14f2a

Brasília, 18 de novembro de 2024.

Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(Desembargador Convocado do TJSP)
Relator

Documento eletrônico VDA44466980 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO Assinado em: 18/11/2024 10:32:45
Código de Controle do Documento: 5a59ac15-32e0-43af-97f4-fc94cea14f2a

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2631465 - SP (2024/0165034-2)

RELATOR	:	**MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**
AGRAVANTE	:	AUGUSTO CESAR DA CONCEICAO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUIS CESAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A presença da agravante da reincidência, ainda que não específica, pode tornar inviável a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44, § 3º, do CP, tendo em vista não ser medida socialmente recomendável. Precedentes.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem, de forma motivada, concluiu que a modificação da pena corporal por restritiva de direitos não era socialmente recomendável.

3. Modificar o entendimento adotado pela Corte estadual demandaria nova análise do conjunto probatório dos autos, situação vedada pela Súmula n. 7/STJ.

4. A ausência de análise, pela instância ordinária, de teses apresentadas pela Defesa, inviabiliza o conhecimento do recurso especial por falta de prequestionamento, haja vista a incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por AUGUSTO CÉSAR DA CONCEIÇÃO contra a decisão deste relator que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, com base nas Súmulas n. 7/STJ e n. 282 e 386/STF.

Documento eletrônico VDA44466985 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO Assinado em: 18/11/2024 10:32:45
Código de Controle do Documento: c3174168-695e-41de-ac4d-ebc76b3fa3c2

O agravante aduz que ocorreu debate na origem acerca da reincidência específica do réu. Alega que o pleito pela substituição da pena corporal por restritivas de direitos para reincidentes não específicos não implica em reexame de matéria fática.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou o provimento de seu recurso pelo colegiado.

Impugnação apresentada às fls. 410/411.

É o relatório.

VOTO

O recurso é próprio e tempestivo. No mérito, contudo, não merece acolhimento.

O agravante não trouxe nenhum argumento apto a ensejar a reforma do juízo monocrático.

Do exame dos autos, verifica-se que o réu foi condenado, em primeiro grau, às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 11 (onze) dias-multa pela prática do delito tipificado pelo artigo 14 da Lei n. 10.826/2003.

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação interposta pela Defesa para modificar o regime inicial do cumprimento da pena para o semiaberto (fls. 320/329):

> *De outro lado, quanto ao regime de cumprimento, jungida a extensão da pena ora mantida à reincidência vista, mostra-se possível a fixação do regime semiaberto para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea "a" do Código Penal.*

No tocante à pretensão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Tribunal de origem indeferiu o pleito ao fundamento de que *não se mostra medida suficiente na hipótese* em razão *da reincidência do réu* (fl. 329).

Assim, no tocante à alegação de que ocorreu o debate relativo à reincidência que exasperou a pena não ser específica, não foi identificado ou destacado no agravo regimental trecho do acórdão estadual em que se analisou o tema nos moldes do recurso especial.

Verifico, portanto, que a questão não foi ventilada pela instância ordinária, bem como não foram opostos embargos de declaração na origem, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial nesse ponto por ausência de prequestionamento, incidindo no caso os óbices das Súmulas n. 282 e

Documento eletrônico VDA44466985 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO Assinado em: 18/11/2024 10:32:45
Código de Controle do Documento: c3174168-695e-41de-ac4d-ebc76b3fa3c2

356/STF.

Com efeito,

> *a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que que na instância especial, a apreciação de ofício de matéria, mesmo de ordem pública, não dispensa o requisito do prequestionamento* (AgInt nos EAREsp n. 1.327.393/MA, Corte Especial, relator Ministro Felix Fischer, DJe de 18/12/2020).

De igual teor:

> *PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA. JUSTIFICATIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.* ***PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.*** *BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> (...)
> *4.* ***A questão acerca do afastamento dos maus antecedentes, tendo em vista que transcorrido o período de 5 anos do cumprimento integral da pena, não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.***
> *5. A configuração da reincidência e dos maus antecedentes impede o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ausência do cumprimento dos requisitos legais. No presente caso, o agravante ostenta condenações anteriores, que foram utilizadas para a avaliação negativa dos antecedentes penais e da reincidência, o que inviabiliza a incidência da minorante do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.*
> *6. Em atenção ao art. 33, § 2º, do CP, embora estabelecida a pena definitiva em 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, o acusado, além de reincidente, teve sua pena exasperada em razão dos maus antecedentes, fundamentos a justificar a manutenção do regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.*
> *7. Agravo regimental não provido.*
> (AgRg no AREsp n. 2.584.151/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/6/2024, DJe de 17/6/2024, grifamos).

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ARTS. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 E 90 DA LEI N. 8.666/1993. DOSIMETRIA. CONCURSO MATERIAL.*

Documento eletrônico VDA44466985 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO Assinado em: 18/11/2024 10:32:45
Código de Controle do Documento: c3174168-695e-41de-ac4d-ebc76b3fa3c2

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. ***TESES DE OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM E DE DESPROPORCIONALIDADE E IRRAZOABILIDADE DO QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.*** *MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*

1. A falta de indicação do dispositivo de lei federal eventualmente violado ou interpretado de forma divergente no acórdão combatido enseja a aplicação da Súmula 284/STF, pois caracteriza deficiência na fundamentação do recurso especial, a dificultar a compreensão da controvérsia.

2. O prequestionamento é exigência inafastável contida na própria previsão constitucional, impondo-se como um dos principais pressupostos ao conhecimento do recurso especial – Súmulas 282/STF e 211/STJ. Também não é o caso de se considerar a ocorrência do prequestionamento implícito, pois as teses debatidas no apelo nobre não foram expressamente discutidas no Tribunal de origem.

3. Não há ilegalidade na dosimetria da pena, pois, no caso, o acréscimo da pena-base se deu pela valoração negativa das circunstâncias e das consequências do crime, mediante fundamentação concreta e idônea, apta a evidenciar a maior reprovabilidade do modus operandi delitivo e a maior extensão do dano causado.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.974.129/PI, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 11/4/2024, grifamos).

Além do mais, entendendo a Corte *a quo*, de forma motivada, que a modificação da pena corporal por restritiva de direitos não é socialmente recomendável, afastar a idoneidade da justificativa concreta apresentada demandaria o revolvimento fático-probatório, procedimento vedado pelo disposto na Súmula n. 7/STJ.

Nesse norte:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA AS COMUNICAÇÕES. ***NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RÉU REINCIDENTE.*** *MEDIDA ANTERIOR QUE NÃO SE MOSTROU SUFICIENTE. BIS IN IDEM NA UTILIZAÇÃO CONCOMITANTE DA REINCIDÊNCIA PARA EXASPERAR A PENA E NEGAR A SUBSTITUIÇÃO PRETENDIDA. INOCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

Documento eletrônico VDA44466985 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO Assinado em: 18/11/2024 10:32:45
Código de Controle do Documento: c3174168-695e-41de-ac4d-ebc76b3fa3c2

1. A defesa insurge-se contra a decisão monocrática que manteve o indeferimento da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, conforme decidido na origem. Argumenta que a reincidência genérica não pode obstar o benefício, além de o acusado ter sido condenado à pena de pouco mais de 1 ano de detenção por crime sem violência ou grave ameaça. Sustenta, ainda, que há bis in idem na utilização dos antecedentes para exasperar a pena e para negar a substituição pretendida.

2. Conforme consignado na decisão agravada, as instâncias ordinárias afastaram a substituição da pena privativa de liberdade por substitutiva de direitos em face da situação de reincidência do recorrente (existência de condenação definitiva anterior pelo crime de porte ilegal de munições). *Além disso, registrou-se que o acusado praticou novo delito dois anos depois do decreto condenatório anterior definitivo, o que demonstra que as penas restritivas de direitos não se apresentaram adequadas à sua ressocialização.*

3. Dessa forma, verifica-se que há fundamentação concreta e bastante para a negativa da substituição, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal - CP, amparada não só na reincidência do agente, mas também na aferição de que a medida não se mostra socialmente recomendável na hipótese.

4. De mais a mais, "[e]sta Corte Superior já esclareceu não haver que se falar em 'bis in idem quando a reincidência é empregada como fundamento para a dosimetria da pena, a fixação do regime prisional e a análise da substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, porquanto tais institutos são regidos por regramentos distintos" (AgRg no AREsp n. 1.358.292/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 3/12/2018) (AgRg no AREsp n. 2.026.815/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.104.379/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/9/2024, DJe de 25/9/2024, grifamos).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. RECEPTAÇÃO. ***SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA****. PEDIDO PARA QUE O AGRAVANTE AGUARDE NO REGIME ABERTO. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.*

1. Não obstante a reincidência genérica, as instâncias ordinárias negaram a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão de a condenação anterior dizer respeito ao crime de roubo, delito patrimonial grave e violento, o que constitui fundamento idôneo para justificar a conclusão de que a medida não seria socialmente

Documento eletrônico VDA44466985 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO Assinado em: 18/11/2024 10:32:45
Código de Controle do Documento: c3174168-695e-41de-ac4d-ebc76b3fa3c2

recomendável

2. O pedido subsidiário de que o Agravante aguarde no regime aberto, caso não haja vaga no regime intermediário, não foi objeto do recurso especial, constituindo inovação recursal, o que não se admite no agravo regimental, em razão da preclusão consumativa.

3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.992.859/SP, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024, grifamos).

Por fim, convém registrar que, como bem pontuado pelo Ministério Público Federal no parecer de fl. 389,

> [m]*uito embora o delito em questão não tenha sido praticado mediante violência ou grave ameaça e que as circunstâncias judiciais tenham sido favoráveis ao réu, constata-se que o crime anterior que ensejou a reincidência se refere à roubo circunstanciado, isto é, cometido mediante violência ou grave ameaça, o que indica que a medida não seria socialmente recomendável ao agravante.*

Observa-se, portanto, que o presente recurso não apresenta argumentos capazes de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de modo que merece ser integralmente mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44466985 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO Assinado em: 18/11/2024 10:32:45
Código de Controle do Documento: c3174168-695e-41de-ac4d-ebc76b3fa3c2

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2024/0165034-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 2.631.465 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016217620218265 90 15001063120208260536 1621762021826590 20078032020

PAUTA: 12/11/2024 JULGADO: 12/11/2024

Relator
Exmo. Sr. Ministro **OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOSE AUGUSTO TORRES POTIGUAR

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	AUGUSTO CESAR DA CONCEICAO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUIS CESAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	AUGUSTO CESAR DA CONCEICAO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUIS CESAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Documento eletrônico VDA44439493 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: 12/11/2024 16:38:14
Código de Controle do Documento: 48D66789-E5CE-4D1D-9DCF-B47A78F76A0D