



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2744126 - SP (2024/0345577-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : PILAR GISELLE JORQUERA SCHLEYER
AGRAVANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROVIMENTO DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento à apelação criminal da defesa, mantendo a condenação da recorrente à pena privativa de liberdade, em regime aberto, sem substituição por pena restritiva de direitos, em razão da reincidência. A recorrente, contudo, alega que, embora reincidente, não é reincidente específica, o que possibilitaria a substituição da pena nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se a reincidência não específica impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos; (ii) verificar se, na ausência de fundamentação concreta que desaconselhe a medida, é possível realizar a referida substituição mesmo diante da reincidência.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O recurso especial é conhecido por tempestividade, adequada representação processual e preenchimento dos requisitos formais, incluindo a indicação de permissivo constitucional e dispositivo federal supostamente violado.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de reincidência não específica, desde que a condenação anterior não desaconselhe socialmente a medida.

5. A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo limitou-se a considerar a reincidência da recorrente para indeferir a substituição, sem fundamentação concreta sobre a inadequação social da medida.

6. O entendimento do Tribunal local diverge da jurisprudência pacífica do STJ, segundo a qual a reincidência não específica, por si só, não impede a substituição da pena.

7. A individualização da pena é passível de revisão nas hipóteses de flagrante ilegalidade, como no caso em que a negativa da substituição não se apoia em razões concretas, configurando abuso de poder.

IV - AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 05 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2744126 - SP (2024/0345577-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : PILAR GISELLE JORQUERA SCHLEYER
AGRAVANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROVIMENTO DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento à apelação criminal da defesa, mantendo a condenação da recorrente à pena privativa de liberdade, em regime aberto, sem substituição por pena restritiva de direitos, em razão da reincidência. A recorrente, contudo, alega que, embora reincidente, não é reincidente específica, o que possibilitaria a substituição da pena nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se a reincidência não específica impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos; (ii) verificar se, na ausência de fundamentação concreta que desaconselhe a medida, é possível realizar a referida substituição mesmo diante da reincidência.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O recurso especial é conhecido por tempestividade, adequada representação processual e preenchimento dos requisitos formais, incluindo a indicação de permissivo constitucional e dispositivo federal supostamente violado.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de reincidência não específica, desde que a condenação anterior não desaconselhe socialmente a medida.

5. A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo limitou-se a considerar a reincidência da recorrente para indeferir a substituição, sem fundamentação concreta sobre a inadequação social da medida.

6. O entendimento do Tribunal local diverge da jurisprudência pacífica do STJ, segundo a qual a reincidência não específica, por si só, não impede a substituição da pena.

7. A individualização da pena é passível de revisão nas hipóteses de flagrante ilegalidade, como no caso em que a negativa da substituição não se apoia em razões concretas, configurando abuso de poder.

IV - AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta violação ao art. 44 do Código Penal, ao argumento de que "Ainda que se considere que a acusada seja

reincidente, certo é que não é reincidente específica, sendo plenamente possível a substituição pleiteada, nos termos do art. 44, §3º, do Código Penal" (e-STJ, fl. 393).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação criminal ali interposto pela Defesa, assim se manifestou (e-STJ, fls. 152/162, grifos acrescidos):

Da dosimetria Na primeira fase, a pena base foi fixada no mínimo legal, 01 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, em razão da reincidência²² da apelante, a pena foi aumentada corretamente em 1/6, fixada em 01 ano e 02 meses de reclusão e 12 dias- multa.

Em terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, tornada definitiva a pena em 01 ano e 02 meses de reclusão e 12 dias-multa.

Mantenho o regime aberto, ante a inércia ministerial.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena, face a reincidência.

Sendo o acusado reincidente, é inviável a substituição, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Inviável, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a reincidência pela prática anterior de crime de natureza patrimonial.

Ressalto que é uníssona a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “[a] individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade” (AgRg no REsp n. 2.118.260/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024).

A revisão da dosimetria somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (AgRg no REsp n. 2.042.325/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023).

Incorreto o acórdão recorrido, pois, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, "A teor do art. 44, § 3º, do Código Penal, mesmo que o condenado seja reincidente, pode o juiz aplicar a substituição, desde que em face da

condenação anterior a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime" (AgRg no HC n. 700.404/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 11/3/2022).

Conforme ressaltado pelo d. representante do Ministério Público Federal, em seu parecer (e-STJ, fls. 224/225):

A jurisprudência dessa Corte Superior já firmou posição no sentido de que a substituição da pena privativa de liberdade não superior a 4 anos por restritiva de direitos é admitida ao reincidente não específico, desde que inexistam razões concretas para o seu indeferimento:

(...)

Na hipótese dos autos, o Tribunal local entendeu inviável a substituição, tão somente em razão da reincidência da recorrente pela prática anterior de crime de natureza patrimonial, nada aferindo no sentido de que a medida não se mostra socialmente recomendável na hipótese, apenas apegando-se literalmente ao disposto na lei (artigo 44, II, do Código Penal):

(...)

Portanto, inexistindo fundamentação concreta e suficiente para a negativa da substituição, merece ser acolhido o pleito recursal.

A análise das razões motivadas na origem indica que **não** se encontram em linha com o entendimento desta Corte Superior. Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente da Quinta Turma:

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. (AgRg no REsp n. 2.122.273/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/5/2024, DJe de 29/5/2024.) (grifos acrescidos)*

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A agravante em suas razões recursais demonstrou que impugnou de maneira correta o fundamento da decisão que não conheceu do agravo em recurso especial. Ademais, a violação do artigo 44, §3º, do Código Penal se mostra clara no acórdão impugnado e está em desacordo com o entendimento desta Corte.

2. A Terceira Seção desse colendo STJ no julgamento do AREsp 1.716.664, estabeleceu que a vedação à analogia em prejuízo do réu recomenda que não seja ampliado o conceito de "mesmo crime" e que há uma distinção de significado entre 'mesmo crime' e 'crimes de mesma espécie'.

3. **No caso dos autos, a agravante é reincidente em outros crimes (receptação) de acordo com sua folha de antecedentes às fls. 39-46, ou seja, crime sem violência ou grave ameaça a pessoa que não impede a substituição da pena.**

4. *Agravo regimental provido para conceder a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. (AgRg no AREsp n. 2.441.102/DF, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 9/4/2024, DJe de 16/4/2024.) (grifos acrescidos).*

Ante o exposto, conheço do agravo para **dar provimento** ao recurso especial para substituir a reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelas instâncias ordinárias, como entender de direito.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2024/0345577-0

**AREsp 2.744.126 /
SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15053716020238260228 2092023

PAUTA: 03/12/2024

JULGADO: 03/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : PILAR GISELLE JORQUERA SCHLEYER
AGRAVANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI - DEFENSORA PÚBLICA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

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, conheceu do agravo e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.