



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2174784 - RS (2024/0379184-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : F J DA S F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITO. CABIMENTO. IMPEDIMENTO QUE SE APLICA TÃO SOMENTE SE A REINCIDÊNCIA FOR PELO MESMO CRIME. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que negou provimento a recurso especial, mantendo a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos em caso de furto qualificado.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos quando a reincidência não é pelo mesmo crime.

III. Razões de decidir

3. A vedação à analogia em prejuízo do réu impede a ampliação do conceito de "mesmo crime" para fins de reincidência.

4. A substituição da pena é possível quando não há reincidência por crime idêntico, mesmo que o réu seja reincidente em crimes da mesma espécie.

IV. Dispositivo e tese

5. Agravo desprovido.

Tese de julgamento: "1. Não há impedimento à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito quando a reincidência não é pelo mesmo crime e não tenham sido expostas razões suficientes para demonstrar que a substituição não é recomendável. 2. A vedação à analogia *in malam partem* impede a ampliação do conceito de 'mesmo crime' para fins de reincidência."

Dispositivos relevantes citados: CP, art. 44, § 3º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AREsp 1.716.664, Terceira Seção, julgado em 25/8/2021; AgRg no HC 816.242/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 29/5/2023.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, 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 novembro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2174784 - RS (2024/0379184-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : F J DA S F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITO. CABIMENTO. IMPEDIMENTO QUE SE APLICA TÃO SOMENTE SE A REINCIDÊNCIA FOR PELO MESMO CRIME. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que negou provimento a recurso especial, mantendo a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos em caso de furto qualificado.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos quando a reincidência não é pelo mesmo crime.

III. Razões de decidir

3. A vedação à analogia em prejuízo do réu impede a ampliação do conceito de "mesmo crime" para fins de reincidência.

4. A substituição da pena é possível quando não há reincidência por crime idêntico, mesmo que o réu seja reincidente em crimes da mesma espécie.

IV. Dispositivo e tese

5. Agravo desprovido.

Tese de julgamento: "1. Não há impedimento à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito quando a reincidência não é pelo mesmo crime e não tenham sido expostas razões suficientes para demonstrar que a substituição não é recomendável. 2. A vedação à analogia *in malam partem* impede a ampliação do conceito de 'mesmo crime' para fins de

reincidência."

Dispositivos relevantes citados: CP, art. 44, § 3º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AREsp 1.716.664, Terceira Seção, julgado em 25/8/2021; AgRg no HC 816.242/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 29/5/2023.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra decisão monocrática de minha relatoria, que negou provimento ao recurso especial.

Em suas razões, a parte agravante reitera que o réu é reincidente na prática do mesmo crime, não sendo cabível, assim, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do recurso ao crivo do órgão colegiado, a fim de que seja provido.

É o relatório.

VOTO

No que interessa à solução da controvérsia, tem-se que o Colegiado de origem declinou as seguintes razões (e-STJ, fls. 258-263; grifou-se):

"2. Mérito A materialidade delitiva encontra-se assentada pelo auto de prisão em flagrante de F. J. DA S. F. (evento 1, P_FLAGRANTE1, do IPL); pelo termo de apreensão nº 4728076/2021, o qual comprova a apreensão de, aproximadamente, 22kg de cabo de cobre em poder do denunciado (evento 1, P_FLAGRANTE1, p. 23, do IPL); pela Informação Técnica nº 118/2021 (evento 1, P_FLAGRANTE2, p. 03, do IPL) e pelo Laudo Pericial nº 472/2022, o qual avaliou os 22,28 kg de cabo de cobre em R\$ 4.914,97 (evento 41, LAUDOPERIC2, do IPL). A autoria delitiva também é inconteste. Isso porque dá conta o caderno probatório, de forma uníssona, que, no dia 07-10-2021, policiais militares e servidores federais flagaram o réu F., em companhia de indivíduo não identificado, no interior de propriedade pertencente ao patrimônio da União (localidade que anteriormente era um hospital universitário), retirando fios de cobre - cerca de vinte e três quilos do material - e os amarrando; ao serem avistados, os flagrados evadiram-se em fuga, sendo o réu F. interceptado de imediato. Cabe ressaltar que todos os documentos produzidos durante o procedimento administrativo vincularam a parte ré à tentativa de obtenção da res furtiva, tendo sido rubricados por servidores que neles atestaram a sua fé pública. Nesse sentido, "a prisão em flagrante gera presunção relativa de autoria, cabendo à defesa prover as provas em sentido contrário" (TRF4, ACR 5000287-

33.2018.4.04.7004, Sétima Turma, Relator Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 22/1/2019), o que não ocorreu no caso em apreço. Registro, a propósito, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, elucidativo pela clareza e precisão na interpretação do dispositivo legal em tela:

[...]

E, no ponto, tenho que não procede a alegação defensiva de se tratarem os fios de cobre de coisa abandonada e assim a conduta do réu seria meio lícito para obtenção de domínio da res. É que, diferentemente do que alega a defesa, o simples fato de algumas testemunhas terem apontado que o local dos fatos era visado por criminosos que queriam lá furtar objetos não conduz à conclusão de que o local estivesse abandonado ou mesmo que os bens lá encontrados não fossem de propriedade alheia. A uma porque a localidade em que o réu foi flagrado furtando os fios de cobre cuidava-se, preteritamente, de um hospital universitário, o qual, ainda que não estivesse em funcionamento, seria de óbvia presunção que alguma destinação lhe seria dada e - por corolário lógico - seriam de propriedade de qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que desconhecida. A duas porque, como bem se observa dos autos, não estavam os fios destacados ou soltos antes da ação delitiva, tendo o réu removido a fiação do local em que previamente aposicionados, tudo a denotar que inexistia qualquer abandono do bem, cuja funcionalidade ainda era conservada. A três pois, embora as testemunhas tenham declarado que o imóvel vinha sendo alvo de ladrões, afirmaram também que o local possuía além de monitoramento remoto, vigilância física e acompanhamento usual da Brigada Militar na localidade. E por último, porque, como bem sabido, tratando-se de patrimônio pertencente à União com razoável valor econômico, inviável que o ente os abandonasse, assim abrindo mão do interesse público. Nesse sentido, inclusive, é a jurisprudência pacífica dessa Corte:

[...]

Nesse contexto, comprovadas materialidade, autoria e ausentes excludentes de tipicidade, culpabilidade ou ilicitude, impositiva a condenação do réu pelo crime inscrito no art. 155, caput, §4º, incisos IV, na forma do art. 14, inciso II, do Código Penal. Prossigo com a dosimetria da pena. 3. Dosimetria O sentenciante assim fixou a pena privativa de liberdade, o regime inicial de cumprimento e a substituição da reprimenda por penas restritivas de direitos:

'(...) 2.1. Da pena privativa de liberdade

Na primeira fase da dosimetria da pena, verifico que a culpabilidade não deborda do ordinário para a espécie. Quanto aos antecedentes, tem-se que o réu registra duas condenações criminais transitadas em julgado: Ação Penal nº 001/2.13.0009486-7 (**crime de furto simples, sentença transitada em julgado em 13/04/2017**) e Ação Penal nº 001/2.13.0051127-1 (crime de tráfico de drogas, sentença transitada em julgado em 19/06/2015) (evento 63, CERTANTCRIM2, p. 8). Todavia, por configurar reincidência, aquela condenação será sopesada na segunda fase da dosimetria da pena, **enquanto essa será utilizada como vetorial negativa nesse momento**. Não há elementos para aferir a conduta social e a personalidade do réu. Não foram evidenciados motivos outros que não os próprios do tipo penal. Nada a consignar a respeito das circunstâncias. As consequências são neutras. Na hipótese, não se há falar em comportamento da vítima. **Assim, considerando o reconhecimento de uma circunstância negativa e sendo as demais neutras, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.**

Na segunda fase, reconheço a agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do CP) em razão da condenação definitiva na Ação Penal nº 001/2.13.0009486-7 supramencionada. Ausente atenuantes.

Desse modo, fica a pena provisória estabelecida em 3 (três) anos de reclusão. Na terceira fase, ausentes majorantes, incide a causa de diminuição prevista no art. 14, II, do CP, razão porque reduzo a pena em 1/3, visto que o agente avançou bastante no iter criminis. Destarte, resta a pena definitiva de 2 (dois) anos de reclusão. Diante do

quantum de pena fixado, e por não ser necessário nem adequado, no caso concreto, impor regime inicial mais rigoroso, estabeleço o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, caput e § 2º, alínea "c", do CP).

2.2. Da pena de multa

A multa é proporcionalmente fixada em 10 (dez) dias multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, conforme valor vigente na data do fato, devendo ser atualizado até o efetivo pagamento (CP, art. 49, caput e § 1º, e art. 60, caput).

2.3. Da substituição da pena privativa de liberdade

Considero que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, no caso, é socialmente recomendável e suficiente para efeitos de reprovação da conduta delitiva perpetrada (art. 44 do CP). E, diante do quantum de pena carcerária, cabível a sua substituição por duas penas restritivas de direito (art. 44, § 2º, do CP). Dentre as penas substitutivas, a prestação de serviço à comunidade é a mais recomendável, visto que exige o trabalho pessoal do condenado e permite o engajamento em atividades sociais. A prestação pecuniária vem em seguida, a despeito de seu caráter pecuniário, por sua destinação e por permitir o engajamento do condenado em obras sociais. As demais penas substitutivas são, em geral, menos proveitosas e exigem circunstâncias específicas, pelo que aplicáveis apenas em casos excepcionais. A perda de bens e valores, como pena substitutiva, só se justifica quando incabível o perdimento e os bens e valores são ligados ao crime. A interdição temporária de direitos é aplicável apenas em casos em que o crime é cometido com abuso de direito. A limitação de fim de semana, muito embora exija comprometimento pessoal do condenado, é custosa e de menor proveito pessoal ou social. Já a pena de multa tem excessivo caráter pecuniário e, se já cominada para o tipo penal, representa dupla aplicação de pena da mesma natureza. Assim sendo, substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, inciso IV, do CP) e a prestação pecuniária (art. 43, inciso, I, do CP), que fixo em 2 (dois) salários mínimos, no valor vigente na data do efetivo pagamento (art. 45, § 1º, do CP), a ser recolhido em favor de instituições de cunho social, determinadas em execução. O cumprimento da prestação de serviços à comunidade ou entidade pública, a ser definido pelo Juízo da Execução, observará o disposto nos arts. 149 e 150 da Lei 7.210/84 e terá a mesma duração da pena privativa de liberdade que ora se substitui (art. 55 do CP). (...)

Como visto, na origem, o magistrado entendeu por negativa a vetorial antecedentes.' Conforme se depreende das certidões criminais acostadas (evento 63, CERTANTCRIM2, p. 8) ostenta o réu duas condenações transitadas em julgado por crimes anteriores, sendo plausível a utilização de uma destas para desabonar os antecedentes do agente e outra para fazer incidir a agravante da reincidência.

[...]

Mantenho, ainda, o patamar acrescido pelo sentenciante, 1/6 (um sexto), o qual não desborda da normalidade. Assim, mantida a pena basilar em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Na segunda fase, em razão da condenação sobressalente, acresceu o magistrado 8 (oito) meses à pena. Entendo, no entanto, que o acréscimo é demasiado. No ponto, registra-se que, na linha do entendimento firmado nesta Corte (ENUL 0005472-39.2006.404.7205, J. 10/04/2014), o aumento ou diminuição pela incidência de agravantes ou atenuantes deve ser, em regra, de 1/6 (um sexto), exceto alguma peculiaridade que reclame incremento maior ou menor - a qual, por ora, não se verifica. Daí porque readequado o aumento da pena provisória no referido patamar, resultando a pena provisória em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Por fim, na terceira fase, remanesce a causa de diminuição prevista no art. 14, II, do CP, aqui ratificada em 1/3 (um terço), uma vez que o agente, já em posse da res furtiva, só não consumou o intento delitivo em razão do flagrante policial. Assim, definitivamente dosada a pena em 1 (um) ano, 10 (dez) meses e 7 (sete) dias de reclusão. Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, tenho que assiste razão ao órgão ministerial ao postular a exasperação. Registro que, a rigor,

conforme a lei penal, por regra, o reincidente iniciaria o cumprimento da pena no regime fechado. No entanto, existe possibilidade de fixação de regime inicial semiaberto a reincidente quando a pena é igual ou inferior a 4 anos, "se favoráveis as circunstâncias judiciais", na linha de entendimento consolidado na Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça. Não se exige, ademais, que se mostrem favoráveis todas as circunstâncias judiciais para a aplicação da citada Súmula, devendo a análise se dar à luz do caso concreto, observando-se o princípio da proporcionalidade e atendendo-se à suficiência e adequação da reprimenda.

[...]

No caso em tela, observado o fato de ser o réu reincidente, tendo em vista o quantum da reprimenda fixada e o fato de serem majoritariamente favoráveis as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, entendo seja plausível a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 29, "b" do CP. **Noutro passo, entendo que melhor sorte não assista ao pleito de afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. E que se verifica, in casu, avaliado o quantitativo da pena corporal e satisfeitas as condicionantes do artigo 44 do Código Penal, viável a sua substituição por penas restritivas de direitos. No caso, a parte ré ostenta um ato considerado a título de antecedentes e outro a título de reincidência. Outrossim, a Turma tem efetivado a substituição em casos tais, seja como meio de melhor reprimir condutas de inferior danosidade, seja para oportunizar ao agente para, de forma derradeira, abandonar o meio ilícito de vida; trata-se, enfim, de política criminal hábil para inibir a inserção de apenado com similar situação jurídica no sistema carcerário nacional.** O entendimento alinha-se aos precedentes que vem reconhecendo a possibilidade de substituição inclusive em hipótese de reincidência específica, em observância ao princípio da proporcionalidade.

[...]

Registro, ainda, segundo entendimentos da doutrina e da jurisprudência, que a prestação de serviços à comunidade é a modalidade que melhor atinge as finalidades da substituição, porquanto afasta o condenado da prisão e exige dele um esforço em favor de entidade que atua em benefício do interesse público. Assim, tem eficácia preventiva geral, pois evidencia publicamente o cumprimento da pena, reduzindo a sensação de impunidade, além de ser executada de maneira socialmente útil. Ainda, tem eficácia preventiva especial e retributiva, pois seu efetivo cumprimento reduz os índices de reincidência. Não é demais destacar que se se trata de derradeira oportunidade para que o réu possa cumprir alternativamente a reprimenda e desta forma distanciar-se do universo delitivo. Já a prestação pecuniária é considerada adequada por penalizar o sentenciado ao atingir seu patrimônio. E, mais, trata-se de um meio compatível para restabelecer o equilíbrio jurídico e social perturbado pela infração, uma vez que proporciona um auxílio à comunidade. Assim, mantenho a substitutiva, nos exatos moldes aplicados pela sentença, que bem dialogam com as capacidades laborais e financeiras do réu."

Como é cediço, 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'" (AgRg no AREsp n. 2.441.102/DF, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 9/4/2024, DJe de 16/4/2024).

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL MINISTERIAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 306 DA LEI N. 9.503/1997. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS. PACIENTE REINCIDENTE EM OUTRO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS INTEIRAMENTE FAVORÁVEIS. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO DECLINARAM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DEMONSTRANDO QUE A SUBSTITUIÇÃO NÃO É SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme orientação adotada pela Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, é cabível a incidência do § 3.º do art. 44 do Código Penal **quando o Condenando não for reincidente no mesmo crime**, salvo se for evidenciado que a substituição não é socialmente recomendável. [...]" (AgRg no HC n. 816.242/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 5/6/2023.)

No caso, o Réu foi condenado pela prática do crime de furto qualificado e é reincidente na prática do crime de furto simples, de modo que, não havendo reincidência por crime **idêntico**, não há óbice à substituição da pena reclusiva por penas restritivas de direitos.

De fato, expressamente citei no voto condutor do acórdão proferido no AREsp 1.716.664 (Terceira Seção, julgado em 25/8/2021, DJe de 31/8/2021) que seria possível a referida substituição na hipótese em que determinado indivíduo fosse condenado pela prática de furto simples e reincidente em furto qualificado e que, apesar de haver certa contradição, não caberia ao Poder Judiciário fazer analogia *in malam partem* e negar o direito. Veja-se (fl. 8 do voto):

"É possível ver, também, outro fator relevante em favor da interpretação que hoje prevalece, neste STJ, sobre o art. 44, § 3º, do CP. Pela redação do dispositivo, há situações em que a progressão criminosa, com a prática de um delito mais grave, premia o agente com a substituição, enquanto o cometimento de dois crimes mais leves a proíbe. Por exemplo: o réu reincidente pela prática de dois crimes de furto simples (art. 155, caput, do CP) não terá direito à substituição da pena, porquanto aplicável a vedação absoluta contida no art. 44, § 3º, do CP. De outro lado, se o segundo crime for de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), o réu pode fazer jus à substituição, se a pena não ultrapassar 4 anos de reclusão. Em outras palavras, o cometimento de um segundo crime mais grave poderia, em tese, ser mais favorável ao acusado, em possível violação ao princípio constitucional da isonomia. Essa contradição é impedida pelo atual entendimento de nossas Turmas - e no qual se embasou a decisão agravada -, que considera o bem jurídico tutelado pelos delitos para definir se incide, ou não, a proibição contida no art. 44, § 3º, do CP. Assim, se forem idênticos os bens ofendidos, não haverá substituição, mesmo que diversos os tipos penais pelos quais o réu foi condenado. Penso, contudo, que corrigir a discutível técnica legislativa em desfavor do réu é algo incabível no processo penal, que rejeita a analogia *in malam partem* em seu arsenal jusdogmático."

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no REsp 2.174.784 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0379184-1

Número de Origem:
50311044420224047100

Sessão Virtual de 13/11/2024 a 19/11/2024

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: F J DA S F
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO	: F J DA S F
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ASSUNTO	: DIREITO PENAL - CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - FURTO QUALIFICADO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : F J DA S F
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

TERMO

"A QUINTA TURMA, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do

voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, 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, 19 de novembro de 2024