Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
548
Carimbado Eletronicamente

Embargos Infringentes e de Nulidade em Apelação nº 0009006-90.2019.8.19.0024

Embargante: Jaciara Godinho Modesto
Embargante: Argentina Vieira Machado de Oliveira
Advogados: Defensoria Pública
Embargado: Ministério Público
Relatora: Des. Maria Sandra Rocha Kayat Direito

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE**. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. **EMBARGOS REJEITADOS.**

I. CASO EM EXAME

1. Embargos infringentes e de nulidade opostos contra acórdão que, por maioria, negou provimento ao recurso defensivo e manteve a condenação das rés pela prática do crime de apropriação indébita, previsto no art. 168, § 1º, III, c/c art. 71, ambos do Código Penal.
2. As rés, na qualidade de auxiliares de escritório do Sindicato Rural de Itaguaí, apropriaram-se de valores pertencentes ao sindicato, associados e funcionários, durante o período de 2008 a julho de 2018, totalizando prejuízo de R$ 251.390,57.
3. Sentença condenou as rés à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão e 66 dias-multa, em regime semiaberto.
4. Apelação defensiva pleiteou nulidade processual, absolvição por insuficiência de provas, redução das penas, afastamento da continuidade delitiva, fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. Acórdão recorrido manteve a condenação e as penas impostas, vencido o Desembargador que votou pela redução das penas, substituição por restritivas de direitos e fixação do regime aberto.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO:15630 Assinado em 08/09/2026 16:12:40
Local: GAB. DES(A). MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

6. Há duas questões em discussão: (i) saber se as penas-base foram fixadas de forma proporcional e com fundamentação concreta; e (ii) saber se é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime aberto.

III. RAZÕES DE DECIDIR

7. A fixação das penas-base acima do mínimo legal está devidamente fundamentada na gravidade da culpabilidade e nas consequências dos crimes, que extrapolaram o tipo penal, em razão do elevado prejuízo e do desvio de verbas de natureza alimentar, além da confiança depositada nas embargantes.

8. A fração de aumento pela continuidade delitiva foi corretamente fixada em 2/3, diante da comprovação de mais de dez infrações ao longo de dez anos, conforme entendimento consolidado na Súmula 659 do STJ.

9. Não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois as circunstâncias judiciais são desfavoráveis às rés, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

10. O regime inicial semiaberto está justificado pelas circunstâncias judiciais negativas, sendo possível a fixação de regime mais gravoso, ainda que a pena seja inferior a quatro anos, conforme precedentes do STJ.

11. Não há nulidade processual ou violação a dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais.

IV. DISPOSITIVO

12. Embargos rejeitados.

Dispositivos relevantes citados: CP, arts. 59, 44, 33, § 3º, 71, 168, § 1º, III; CPP, arts. 564, III, “a”, 573, § 1º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp 1916809/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021;

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

STJ, AgRg no AREsp 2103663/DF, Quinta Turma, julgado em 02/08/2022, DJe 15/08/2022; STJ, AgRg no REsp 2030426/PB, Sexta Turma, julgado em 17/04/2023, DJe 19/04/2023; STJ, AgRg no AREsp 2223205/SC, Quinta Turma, julgado em 23/05/2023, DJe 26/05/2023; Súmula 659/STJ.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0009006-90.2019.8.19.0024**, *ACORDAM*** os Desembargadores que compõem a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de julgamento realizada no dia 08 de setembro de 2026, por **unanimidade,** em **REJEITAR os presentes embargos**, para fazer prevalecer os fundamentos do voto vencedor, na forma do voto da Desembargadora-Relatora.

VOTO

As embargantes Jaciara Godinho Modesto e Argentina Vieira Machado de Oliveira foram denunciadas como incursas nas penas do artigo 168, § 1° III (mais de dez vezes), c/c art. 71, ambos do Código Penal.

De acordo com a denúncia de doc. 02:

> *"Em datas compreendidas desde os idos de 2008 ate julho do ano de 2018, no Sindicato Rural de Itaguaí, com sede na Rua Dr. Curvelo Cavalcante, n° 551, Centro, nesta Comarca, as DENUNCIADAS, cada uma por si, mas contando com a omissão uma da outra, de forma livre e consciente, ambas*

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

exercendo a função de auxiliar de escritório, empregadas do mencionado ente de direito privado, responsáveis, dentre outras funções, por receber e passar recibos das contribuições sindicais dos associados, emissão de guias de INSS, FGTS, informações ao SEFIP, pagamentos de luz, agua, impostos e realizar os pagamentos dos funcionários da associação, apropriaram-se de vultosas quantias em dinheiro ate o valor histórico de R$ 251.390,57 (duzentos e cinquenta e um mil, trezentos e noventa reais e cinquenta e sete centavos) em espécie, quantia que desviaram em proveito próprio aproveitando-se da circunstância de que tinha detenção dos valores em razão de seu vínculo empregatício com o estabelecimento lesado.

Consta dos autos que cada uma das DUAS DENUNCIADAS desviou valores que recebia a título de pagamento das mensalidades por parte dos associados do Sindicato Rural de Itaguaí, bem como valores repassados pelos associados para o pagamento de guias de INSS e FGTS de seus empregados rurais. E de igual modo, desviaram valores de alugueres de imóveis do sindicato, deixaram de pagar a CEDAE, da associação em que trabalhavam, agindo de forma individual, mas com a cumplicidade complacente uma da outra, ambas auxiliares de escritório, que agiam de igual maneira lesando o tanto o sindicato, bem como seus associados e funcionários.

Outrossim, a PRIMEIRA DENLTNCIADA se apropriou do salário de Dalva Teixeira Batista, funcionaria do sindicato, de Janeiro de 2018 a junho de 2018, assinando os recibos, como se a lesada fosse, e remetendo-os ao contador do sindicato.

Percebida a apropriação de valores a partir do momento em que a referida funcionária não retornou

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

das férias, sendo questionada, então, pela presidenta do sindicato o motive do não retorno ao trabalho, quando informou que não recebeu os seus vencimentos de janeiro/2018 a junho/2018. Após constatar um número alto de inadimplência dos alugueres, em agosto de 2018 a presidente do sindicato foi conversar com os inquilinos e verificou que os pagamentos haviam sido pagos, porem não contabilizados no caixa do sindicato. Constatando os valores específicos desviados por cada um dos funcionários aqui denunciados, a saber, a quantia de R$ 50.990,57 (cinquenta mil novecentos e noventa Reais e cinquenta e sete centavos) pela primeira DENUNCIADA, Jaciara Godinho Modesto; a quantia de R$ 200.400,00 (duzentos mil e quatrocentos e Reais) pela SEGUNDA DENUNCIADA, Argentina Vieira Machado de Oliveira; desviados pelas funcionárias em prejuízo ao sindicato, associados e funcionários da associação lesada.
Consta ainda, termo de compromisso, extrajudicial, assinado pelas DUAS DENUNCIADAS reconhecendo e se comprometendo a legalizar junto a CEF, INSS e Receita Federal, todas as guias não pagas, pela dupla, pagando-as."

Ao final, o juízo da Vara Criminal da Comarca de Itaguaí, em sentença da lavra do Dr. Edison Ponte Burlamaqui, datada de 02/03/2023, julgou procedente a pretensão punitiva e as condenou pela prática do crime tipificado no artigo 168, § 1º, inciso III, c/c artigo 71 (mais de dez vezes), ambos do Código Penal, às penas de 03 anos e 04 meses de reclusão e 66 dias-multa, em regime semiaberto. (docs. 91/93).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação requerendo, preliminarmente, a nulidade nos moldes do art. 564, III "a", CPP c/c 573, §1°, ambos do CPP. No mérito, pleiteou a absolvição das apelantes por

insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugnou pela redução das penas-base ao mínimo legal, pelo afastamento da continuidade delitiva, pela fixação do regime aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. (doc. 99)

Em contrarrazões, o Ministério Público oficiou pelo desprovimento do recurso defensivo. (doc. 104/105)

Parecer da Procuradoria de Justiça, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo. (doc. 457)

Submetida a apelação a julgamento pela 2ª Câmara Criminal, em sessão de julgamento do dia 25/03/2025 (doc. 485), por maioria dos votos, negou-se provimento ao recurso defensivo das embargantes, mantendo a sentença na integralidade.

Vencido o Desembargador Luciano Silva Barreto, que votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir as penas impostas às embargantes para 1 ano, 9 meses e 23 dias de reclusão e 16 dias-multa, para cada uma, substituindo as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, além de mitigar o regime prisional para o aberto. (doc. 498).

Assim, pretende a defesa, nos presentes Embargos Infringentes, a reforma do acórdão impugnado para que prevaleça a tese acolhida no voto vencido, reduzindo as penas para 1 ano, 9 meses e 23 dias de reclusão e 16 dias-multa, com a fixação do regime aberto e a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. (doc. 514).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos embargos. (doc. 529).

É o breve relatório.

Não obstante pedido defensivo, entendo que devem ser mantidas as penas aplicadas na sentença e confirmadas pela maioria da Eg. 2ª Câmara Criminal.

O voto vencido discordou em quatro pontos do Acórdão proferido pela maioria.

Primeiro, no que tange à exasperação das penas-base.

Conforme se verifica da sentença, o Juízo de 1º grau fixou as sanções, na 1ª fase, acima do mínimo legal, em 01 ano e 06 meses de reclusão e 30 dias-multa, sob os seguintes fundamentos:

> *"A culpabilidade das acusadas e grave, pois se aproveitaram da relação de confiança que tinham com as vítimas para praticar os crimes. As consequências do crime foram graves a espécie, visto que acarretaram prejuízos de grande monta e a um grande número de pessoas, (empregadas dos associados do sindicato). As acusadas são primárias. Conforme suas FAC juntada aos autos. O comportamento da vítima não colaborou para a prática dos delitos. Dessa forma, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e multa de 30 (trinta) dias, a razão unitária mínima."*

Contudo, entendeu o Desembargador Vencido que o aumento estabelecido foi desproporcional ao caso concreto, alegando que a fração de 1/6 já seria suficiente.

Ocorre que, como bem fundamentado no Acordão (doc. 486), as consequências dos crimes cometidos pelas embargantes extrapolaram, e muito, as normais do tipo penal, tendo em vista que as vítimas sofreram um prejuízo no valor aproximado de R$251.390,57, situação que é, ainda, mas grave porque as rés desviaram verbas trabalhistas, de natureza alimentar, de associados que confiavam nelas por serem funcionárias do Sindicato.

Nesse sentido, a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

In casu, verifica-se que as circunstâncias judiciais culpabilidade e consequências dos crimes são desfavoráveis às embargantes, estando correta a fixação das penas acima do mínimo legal.

Nesse sentido, segue julgado do STJ:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOSIMETRIA . **PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXPRESSIVO . FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA.** REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PRETENSÃO DE ABRANDAMENTO . IMPOSSIBILIDADE. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO . COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito . 2**. **No que concerne à vetorial consequências do crime, é***

cediço que a avaliação negativa do resultado da ação do agente somente se mostra escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *3. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a diminuição do patrimônio da vítima é circunstância inerente à prática de crimes contra o patrimônio, dos quais a apropriação indébita é espécie, de modo que a não restituição integral dos bens apropriados, por si só, não se presta a amparar a exasperação da pena-base . 4. Por outro lado,* ***esta Corte Superior admite a exasperação da pena-base, mediante a valoração negativa da moduladora consequências do crime, nas hipóteses em que o prejuízo suportado pela vítima se revelar expressivo, ultrapassando o inerente ao tipo penal****. 5. In casu, conforme assentado pelas instâncias ordinárias, a vítima suportou um prejuízo patrimonial de R$ 39 .887,39, valor que não foi restituído pelo réu ou, de qualquer forma, recuperado (e-STJ fl. 3042), evidenciando um prejuízo excessivo, que extrapola aquele próprio do tipo penal (apropriação indébita), apto a justificar a mensuração negativa das consequências do crime. 6. É imprescindível, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência, nas circunstâncias judiciais previstas no art . 59 do Código Penal, ou na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última pelo modus operandi que desborde dos elementos normais do tipo penal violado. Precedentes. 7. Na espécie, em que pese a reprimenda corporal definitiva tenha sido fixada em quantum não superior a 4 anos (3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão), a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstância judicial negativa (consequências do crime, e-STJ fl . 3042), o que justifica a manutenção do regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, na forma do art. 33, § 3º, do CP. Precedentes. 8 . Como é cediço, este Superior Tribunal possui entendimento consolidado no sentido de que "o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais (AgRg no AREsp. 206.581/MG, Rel . Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 19/10/2016)" (AgInt no REsp. 1.569.916/PE, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 22/3/2018, DJe 3/4/2018) . 9. Agravo regimental*

não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 1916809 PR 2021/0188170-0, Relator.: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 14/09/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2021). (grifo nosso).

Note-se, contudo, que a exasperação da pena-base acima do mínimo legal deve ser fundamentada em circunstâncias concretas, não fixando a lei parâmetros aritméticos, cabendo ao órgão julgador, utilizando-se da discricionariedade motivada e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie.

Ressalte-se que, diante da ausência de critérios legais objetivos para a fixação do *quantum* de aumento da pena-base, os parâmetros muitas vezes adotados pela doutrina e pela jurisprudência possuem caráter meramente indicativo, não sendo vinculantes. Assim, é juridicamente possível, em tese, a fixação da pena-base no patamar máximo com fundamento na valoração negativa de apenas uma circunstância judicial, desde que devidamente motivada.

De mais a mais, o entendimento das Cortes Superiores é no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido:

EMENTA PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE IDÔNEA FUNDAMENTAÇÃO PARA NEGATIVAR AS VETORIAIS E DE EXCESSO NA PENA-BASE. NÃO OCORRÊNCIA. ELEVAÇÃO DA PENA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONCRETOS FUNDAMENTOS. CIÚMES DA VÍTIMA. CRIME PRATICADO NA FRENTE DOS FILHOS DA VÍTIMA. MODERAÇÃO NA ELEVAÇÃO DA PENA.
1. A pena-base foi fix ada em 2 anos e 6 meses de reclusão, o que se mostra bastante proporcional ao presente caso. A elevação da pena-

base não deve ser feita obrigatoriamente com uma determinada fração de aumento, pois deve-se respeitar a livre convicção do julgador.
2. Agravo regimental improvido. PROCESSO AgRg no HC 852446 / PB AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2023/0323810-6 RELATOR Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) ÓRGÃO JULGADOR T6 - SEXTA TURMA DATA DO JULGAMENTO 11/03/2024 DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 14/03/2024.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. CRIME DE VIAS DE FATO. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. I - O Agravo Regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento firmado anteriormente, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos. II - Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a definição do quantum de aumento da pena-base, em razão de circunstância judicial desfavorável, está dentro da discricionariedade do julgador e deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime. III - Com efeito, "(...) este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro de 1/6 para cada circunstância judicial desfavorável, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ressalvada a apresentação de motivação concreta, suficiente e idônea que justifique a necessidade de elevação em patamar superior, o que ocorreu na espécie" (AgRg no AREsp n. 1.895.065/TO, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 30/08/2021). Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 2103663 DF 2022/0103403-0, Data de Julgamento: 02/08/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/08/2022)

In casu, portanto, o aumento das penas-base não demonstra ser desproporcional visto que a exasperação está devidamente

fundamentada em elementos concretos, conforme destacado pelo magistrado sentenciante e confirmado pelo Acórdão recorrido.

Na 2ª fase, entendeu o Voto Vencido pela diminuição da fração da continuidade delitiva para 1/6, pois não foi possível delimitar o número de vezes em que os crimes ocorreram.

Não obstante o argumento esposado pelo Excelentíssimo Desembargador, entendo que, nesse ponto, também deve prevalecer o Acórdão, já que ficou comprovado nos autos que as embargantes efetuaram diversos desvios de verbas trabalhistas, ao longo de 10 anos. Ficou constatado que ocorreram mais de dez crimes.

Neste viés, acertadíssima a utilização da fração de 2/3 no incremento da sanção.

Nesse sentido, segue a previsão contida na Súmula 659 do STJ:

> ***Súmula 659*** *– A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.*

Vejamos a jurisprudência acerca do tema.

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO DÉBITO TRIBUTÁRIO . SÚMULA N. 7 DO STJ. COMPROVAÇÃO DO DOLO. SÚMULA N . 7 DO STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. INFRAÇÃO A CADA APURAÇÃO MENSAL. FRAÇÃO DE 2/3 . CONCURSO MATERIAL. CONDUTAS AUTÔNOMAS. REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1 . A insurgência relativa à ausência de comprovação da constituição definitiva do crédito tributário, na hipótese dos autos, é inadmissível por demandar revolvimento fático-probatório dos autos, procedimento vedado, em recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ. 2. A discussão sobre a ausência de*

comprovação do dolo nas condutas imputadas ao acusado também implicaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo entendimento explicitado na Súmula n . 7 do STJ. 3. ***A apropriação e a sonegação previdenciárias ocorrem a cada mês de apuração e o número de infrações praticadas deve ser considerado para estabelecer a fração de aumento da reprimenda. Na hipótese, foram caracterizadas 13 ações ilícitas para cada tipo penal, o que enseja o aumento de ambos em 2/3*** *.4. As condutas foram praticadas de forma autônoma - para cada um dos crimes foram empregadas ações distintas -, a ensejar o reconhecimento do concurso material.5.Agravo regimental não provido . (STJ - AgRg no REsp: 2030426 PB 2022/0312415-5, Relator.: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 17/04/2023, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/04/2023). (grifo nosso).*

Portanto, devem ser mantidas as penas finais aplicadas, conforme estabelecidas na sentença, de 03 anos e 04 meses de reclusão e 66 dias-multa, para cada apelante.

Também se mostra incabível a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, pelo não preenchimento dos requisitos do art. 44, III do CP, já que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis às embargantes, não sendo a conversão suficiente no presente caso.

Nesse sentido, segue julgado do STJ:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PARA CONHECER DO RECURSO ESPECIAL E NEGAR-LHE PROVIMENTO. ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE . SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES DO ACUSADO. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO . INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As instâncias ordinárias identificaram que o acusado apresentava maus antecedentes, consistentes em duas condenações transitadas em

julgado, razão pela qual entenderam inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos . Tal entendimento está de acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que ***"a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis inviabiliza a substituição da pena por restritivas de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos subjetivos"*** *(AgRg no AREsp 1270908/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/8/2018, DJe 29/8/2018). Precedentes. 2 . Embora o réu não esteja em situação de reincidência, não há como afirmar que a substituição da pena seria a medida socialmente recomendável e suficiente para prevenção e repressão da prática delitiva, com base no art. 44, III, do CP, já que verificada circunstância judicial desfavorável a ele, consistente em maus antecedentes em razão de duas condenações anteriores transitadas em julgado. 3. Agravo regimental desprovido." (STJ - AgRg no AREsp: 2223205 SC 2022/0316604-8, Relator.: JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 23/05/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2023). (grifo nosso).*

Por fim, o Excelentíssimo Desembargador Luciano entendeu que o regime aberto seria o mais adequado. Contudo, deve permanecer o inicial semiaberto, tendo em vista as circunstâncias judiciais negativas, na forma do art. 33, §3º do CP.

No Informativo nº. 482, a 5ª Turma do STJ entendeu que é possível a fixação de regime mais severo do que o previsto no art. 33 §2º do CP, quando as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, conforme o caso concreto.

À colação:

FIXAÇÃO. PENA-BASE. SUPERIOR. MÍNIMO. CABIMENTO.A Turma reiterou o entendimento de que, conforme o grau de reprovabilidade da conduta e a existência de circunstâncias desfavoráveis, é cabível a fixação de regime mais severo aos condenados à pena inferior a oito anos desde que devidamente fundamentada a decisão. E considera-se devidamente fundamentada a sentença que estabeleceu regime fechado para o cumprimento de pena com base no nível de organização do bando criminoso, na quantidade de drogas e armamentos apreendidos, na nítida

desproporção entre uma tentativa de homicídio realizada por meios de explosivos em estabelecimento jornalístico e sua motivação (veiculação de reportagem cujo conteúdo desagradou a um dos membros do grupo criminoso), no modus operandis do delito e na especial reprovação da vingança privada devido à tentativa de cerceamento da imprensa. Com esse entendimento, a Turma denegou a ordem. HC 196.485-SP, Rel.Min. Gilson Dipp, julgado em 1º/9/2011.

"Ementa DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. REINCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
I. Caso em exame
1. Agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu liminarmente habeas corpus impetrado em face de decisão proferida no julgamento de apelação criminal, na qual foi estabelecido o regime inicial fechado para cumprimento de pena.
2. O paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa pelo delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006). O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à apelação da acusação para fixar o regime inicial fechado, com trânsito em julgado certificado.
3. O impetrante sustenta que a quantidade de entorpecentes apreendida não justifica a fixação do regime mais gravoso e que a única circunstância judicial valorada negativamente foi a reincidência, o que afrontaria os princípios da legalidade, proporcionalidade e individualização da pena.
II. Questão em discussão
4. A questão em discussão consiste em saber se o habeas corpus pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal para modificar o regime inicial de cumprimento de pena fixado em decisão transitada em julgado, considerando a reincidência como fundamento.
III. Razões de decidir
5. O habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de revisão criminal, conforme disposto no art. 105, inciso I, alínea "e", da Constituição Federal, que atribui ao Superior Tribunal de Justiça competência originária para revisões criminais e ações rescisórias de seus julgados.
6. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a reincidência constitui fundamento idôneo para a fixação de regime prisional mais

gravoso, não havendo ilegalidade flagrante que justifique a concessão da ordem de habeas corpus de ofício.
7. O artigo 210 do Regimento Interno do STJ autoriza o relator a indeferir liminarmente habeas corpus quando constatada a incompetência manifesta, hipótese verificada nos autos.
IV. Dispositivo e tese
8. Agravo regimental desprovido.
Tese de julgamento:
1. O habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal para modificar decisão transitada em julgado.
2. A reincidência é fundamento idôneo para a fixação de regime inicial mais gravoso.
Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 105, inciso I, alínea "e"; RISTJ, art. 210; CPP, art. 654, § 2º.
Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 861.867/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02.09.2024; STJ, HC 856848/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26.03.2025. Processo
AgRg no HC 1026296 / SP. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2025/0300764-2 Relator Ministro MESSOD AZULAY NETO (1184) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 22/10/2025 Data da Publicação/Fonte DJEN 29/10/2025. (grifo nosso).

Com relação ao prequestionamento da matéria, não deve ser conhecido, já que não houve violação à norma constitucional ou infraconstitucional.

Assim, acolho o parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra da Dra. Ligia Portes Santos, e voto no sentido de **REJEITAR os presentes embargos**, para fazer prevalecer os fundamentos do voto vencedor, na forma da fundamentação retro.

DES. MARIA SANDRA KAYAT DIREITO
Relatora