RECURSO ESPECIAL Nº 1.799.793 - RS (2019/0058403-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	JEREMIAS SOUZA DA ROSA
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 175):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, IV, DO CP). PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE AVALIAÇÃO. Trata-se de perícia singela, que tem por objeto bens de consumo. Desnecessidade de conhecimentos técnicos específicos. No caso, a portaria de nomeação de peritos informa que ambos os peritos são portadores de diploma de graduação em curso superior. Ademais, em que pese o auto de avaliação não ter sido realizado de forma direta - o que sequer seria possível porque a res não foi apreendida não há nulidade em sua confecção de forma indireta, mormente quando o bem avaliado é um telefone celular.*
>
> *MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA. Inequívocas a materialidade e a autoria do delito, diante da consistente palavra da vítima.*
> *PALAVRA DA VÍTIMA. Em delitos como o da espécie, não raras vezes cometidos sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima merece ser recepcionada com especial valor para a elucidação do fato, sob pena de não ser possível a responsabilização penal do autor desse tipo de ilícito patrimonial.*
> *Veredicto condenatório mantido.*
>
> *APENAMENTO. Mantido.*
>
> *REGIME. Mantido o regime inicial aberto.*
>
> *SUBSTITUIÇÃO DA PENA CARCERÁRIA. O réu faz jus à substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art.*

> *44, § 2°, do CP, por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.*
>
> *PENA DE MULTA. Réu pobre. Manutenção da cobrança. Redução ao mínimo legal. A pena de multa tem caráter cumulativo com a privativa de liberdade, inadmitindo-se seu afastamento da condenação. Contudo, pode ser reduzida.*
>
> *PRELIMINAR REJEITADA.*
>
> *APELO PROVIDO EM PARTE. POR MAIORIA.*

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 197/202), alega a parte recorrente violação do artigo 44, inciso III, do Código Penal. Sustenta o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em razão de o acusado possuir maus antecedentes, o que evidencia não se tratar de medida socialmente recomendável.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 209/213), o Tribunal *a quo* admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 215/221).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 236/240).

É o relatório. **Decido**.

O recurso merece acolhida.

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Juízo sentenciante consignou a ausência dos requisitos legais para a concessão da benesse, em razão de o acusado ostentar 2 (duas) condenações recentes por roubo, utilizadas para exasperar a pena-base em decorrência da valoração negativa do vetor atinente aos antecedentes (e-STJ fl. 123).

O Tribunal de origem, por sua vez, não obstante tenha mantido, na primeira etapa dosimétrica, o desvalor da moduladora dos maus antecedentes, em decorrência da existência de condenações definitivas constantes da certidão de e-STJ fls. 83/86, concedeu a substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos (e-STJ fl. 184).

A esse respeito, é cediço na jurisprudência desta Corte Superior que a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59, do CP) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, bem como veda a substituição da pena por restritivas de direitos, de acordo com o disposto no art. 44, inciso III, do CP.

Nessa linha, os seguintes julgados:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FIXAÇÃO DE REGIME SEMI-ABERTO. NEGATIVA DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> ***1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem assentado que "a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como veda a substituição da pena por restritivas de direitos, de acordo com o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal."*** *(HC 408.072/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 18/12/2017) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 1294062/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 29/08/2018). - grifei

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44 DO CP. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Segundo o art. 44 do CP, as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade, quando: (i) aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (ii) o réu não for reincidente em crime doloso; (iii) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.*

2. No presente caso, embora estabelecida a pena definitiva menor que 4 anos (2 anos e 9 meses de reclusão), sendo primário o acusado e sem antecedentes, ***a presença de circunstâncias judiciais negativas (circunstâncias e consequências do crime) veda a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44 do Código Penal, uma vez que demonstra que a medida não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a prevenção e repressão do crime.***

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1551101/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018). - grifei

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS OU PRÓPRIAS DO TIPO PENAL. PROCESSO EM CURSO. SÚMULA 444/STJ. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PRIMEIRO E SEGUNDO PACIENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MODO INTERMEDIÁRIO. TERCEIRO PACIENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXTENSÃO DA ORDEM AO CORRÉU. ART. 580 DO CPP. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. Mantida tão somente a ***aferição negativa da culpabilidade****, a pena-base deve deslocar-se em 4 meses de reclusão acima do mínimo legal, atento às penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de associação para o tráfico de drogas (3 a 10 anos) e a valoração de cada circunstância judicial negativa feita na sentença condenatória.*

7. Estabelecidas as penas dos pacientes Marcos e Maicon em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado para reprovação do delito, tendo em vista a aferição negativa de circunstância judicial (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

8. Quanto ao paciente Leandro, fica mantido o regime inicial fechado para o cumprimento da pena de 4 anos, 6 meses e 13

> *dias de reclusão, em razão da valoração desfavorável das circunstâncias judiciais e da sua reincidência. Precedentes.*
>
> ***9. Não se mostra suficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.***
>
> *10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas-base dos pacientes, resultando a pena final de MARCOS VINICIUS LIMA RODRIGUES e de MAICON MILLER GOMES MARINS, respectivamente, em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão mais 906 dias-multa e 3 anos e 6 meses de reclusão mais 816 dias-multa, em regime semiaberto; e de LEANDRO CUNHA em 4 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão mais 1.057 dias-multa, em regime fechado. Estende-se a decisão ao corréu LUIZ ANGELO VELASCO DOS SANTOS, nos termos do art. 580 do CPP, ficando a sanção definitiva em 3 anos e 6 meses de reclusão mais 816 dias-multa, em regime semiaberto.* (HC 411.657/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017). - grifei

Na espécie, em que pese estabelecida a reprimenda definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da presença de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes), impondo o afastamento da substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44, do CP, uma vez que demonstra não ser a medida socialmente recomendável, nem suficiente à prevenção e repressão do crime.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ e na Súmula n. 568/STJ, **dou provimento** ao recurso especial, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator