RECURSO ESPECIAL Nº 1.805.722 - DF (2019/0095259-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	VINICIUS DE LIMA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **VINICIUS DE LIMA DA SILVA**, com apoio no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AVALIAÇÃO NEGATIVA. CULPABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. EXCLUSÃO. CERTIDÃO NÃO JUNTADA. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. Deve ser extirpada da pena-base a valoração negativa dos antecedentes do réu se amparada em processo anterior cuja certidão ou andamento não foi juntada aos autos.
> 2. O Superior Tribunal de Justiça tem manifestado, reiteradamente, o argumento de que, se, pela quantidade da pena, o réu pudesse merecer o regime aberto, a reincidência, por si só, exigiria um agravamento do regime prisional para o semiaberto e não o fechado.
> 3. Recurso conhecido e parcialmente provido." (e-STJ, fl. 185).

O recorrente alega violação ao art. 44, II, § 3º, do CP. Aduz que é possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos casos em que ocorrer reincidência genérica.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 212-216) e admitido o inconformismo, os autos ascenderam ao STJ.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso (e-STJ, fls. 227-236).

É o relatório.

Decido.

O Tribunal *a quo* negou a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, com a seguinte fundamentação:

> "O Superior Tribunal de Justiça tem manifestado, reiteradamente, o argumento de que, se, pela quantidade da pena, o réu pudesse merecer o regime aberto, a reincidência, por si só, exigiria um agravamento do regime prisional para o semiaberto e não o fechado.
> No caso dos autos, o montante da reprimenda é inferior a quatro anos

> e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Apesar da reincidência, **das oito circunstâncias judiciais, apenas uma foi valorada negativamente**.
> [...]
> Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos na hipótese vertente, nos termos do art. 44, inciso II, do Código Penal, uma vez que o apelante é reincidente em crime doloso." (e-STJ, fls. 192).

Em relação à conversão da pena corporal por restritiva de direitos, o art. 44, III, do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "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".

No caso em análise, apesar de o art. 44, § 3º, do CP não impedir a substituição da pena aos reincidentes não específicos, desde que a medida seja socialmente recomendável, o fato de as instâncias ordinárias terem reconhecido como desfavorável a culpabilidade do réu torna inadmissível a concessão do benefício, sem que possa inferir arbitrariedade em tal conclusão.

Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONFISSÃO. ATENUANTE. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL - CP. FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. DEMAIS PROVAS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.
> 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.
> 2. O paciente, na fase inquisitorial, afirmou não se recordar de atropelar as vítimas e, em juízo, não compareceu ao interrogatório.
> A formação do convencimento do Magistrado se valeu nos demais elementos probatórios colhidos nos autos, não sendo o caso de aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.
> 3. **Embora a reprimenda não tenha ultrapassado 4 anos, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência justificam a fixação do regime inicial semiaberto, bem como impedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.**
> 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 432.947/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 16/04/2019)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do Regimento Interno do STJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator