

**HABEAS CORPUS Nº 481.831 - SP (2018/0320896-8)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : ALEXANDRE FERMINO MOREIRA**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de ALEXANDRE FERMINO MOREIRA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000835-02.2016.8.26.0495).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 293 (duzentos e noventa e três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque tentou ingressar em estabelecimento prisional com seis porções de maconha, pesando 26,60g (vinte e seis gramas e sessenta centigramas).

Irresignadas, a defesa e a acusação interpuseram recurso de apelação, que foram parcialmente providos, nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fl. 42):

*Apelações do Ministério Público e defensoria Tráfico de entorpecentes Autoria e materialidade configuradas Insurgências da defesa somente em relação à reprimenda e benefícios Bases acima do mínimo Acréscimo mantido, mesmo porque sem efeito prático a alteração pretendida, pois reduzida a sanção, em seguida, ao mínimo, dadas as atenuantes da menoridade e confissão Aumento de 1/6 praticado, visto que o delito se deu no interior de estabelecimento prisional Aplicação do privilégio do § 4º do art. 33 do Estatuto Repressivo, mas não no grau máximo, como pretende a defesa, diante das circunstâncias da conduta Reprimendas mantidas Multa, entanto, a merecer ligeiro reparo, dada a ausência de simetria com a corporal Regime fechado de rigor, como defende a acusação Impossibilidade de substituição da física por restritivas Natureza hedionda do delito persistente Recursos da acusação e defesa parcialmente providos.*

Interpostos embargos infringentes, eles foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 62):

*EMBARGOS INFRINGENTES – REGIME PRISIONAL – TRÁFICO  
– NECESSIDADE DO REGIME FECHADO, A DESPEITO DA  
INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA –  
PRECEDENTES – EMBARGOS INFRINGENTES REPELIDOS.*

Na presente impetração, a defesa assere que *"a redução apenas pela metade não é medida que se impõe. Há várias nuances que evidenciam que o grau de redução deve ser no máximo possível. O alegado, no caso em testilha, não autoriza a redução mediana. Em outras palavras, o ordenamento vigente estabelece que a quantidade e qualidade do entorpecente apreendido devem nortear a pena-base, o que permite ao intérprete firmar conclusão de seu impedimento para fins de justificar o patamar de redução (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas). Se o legislador quisesse que tais critérios servissem de base para escolha do patamar de redução, assim teria previsto. Além do mais, a inclusão desse fundamento, sem recurso do Ministério Público (com tal pretensão) é reformatio in pejus. Por fim, a quantidade de entorpecente (26g de maconha) é considerado pequena para justificar a redução intermediária"* (e-STJ fl. 6).

Aduz, ainda, que, *"considerando a pena fixada, muito inferior ao máximo recomendado pelo regime, há que se questionar a legalidade de uma decisão que fixa regime mais gravoso não obstante a quantidade da pena aplicada justifique o regime aberto, nos termos do artigo 33, §2º, c, do Código Penal"* (e-STJ fl. 7).

Assim, pugna pela redução da pena aplicada ao paciente e pela alteração do regime inicial fixado para o início do resgate da reprimenda, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida em menor extensão (e-STJ fls. 69/72).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 131/137).

É, em síntese, o relatório.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento

no acervo fático-probatório.

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na hipótese, o Tribunal local manteve a sentença que aplicou a minorante em patamar mínimo diverso do máximo, nos seguintes termos (e-STJ fls. 44/45):

*Por fim, houve a redução da metade, nos termos da minorante do § 4º, do art. 33 da Lei Especial.*

*E, respeitadas as ponderações do Ministério Público, possível, no caso, a incidência do privilégio, em sendo o réu primário e sem antecedentes, nem havendo prova de dedicação a atividade criminosa ou que integre ele organização congênere.*

*Também adequada a fração eleita pelo r. juízo (1/2), considerado o montante de entorpecente apreendido, que, mesmo não sendo elevado, não se mostra desprezível (06 porções de maconha 26,60g), sem falar que seria introduzido em estabelecimento prisional.*

*Com isso, as definitivas alcançaram 02 anos e 11 meses de reclusão e 293 dias-multa, unitário mínimo. (grifei).*

Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte, de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. Contudo, na espécie, entendo que a quantidade de droga apreendida – **26,60g (vinte e seis gramas e sessenta decigramas)** – não se mostra suficiente para concluir pela dedicação à atividade criminosa, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual entendo que o paciente faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima.

Dessa forma, deve incidir a fração de 2/3 (dois terços), relativa à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria, por estarem preenchidos os requisitos necessários à sua concessão.

A propósito, confirmam-se:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE*

*DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.*

*3. Segundo o art. 42 da Lei de Drogas, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".*

*4. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido - 21 invólucros de maconha (40,5g) - não se mostra elevada, fazendo jus o paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.*

*4. [...].*

*5. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.*

*6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.*

*11.343/06 no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva da paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída, ainda, a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução. (HC 356.882/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016, grifei).*

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS

*SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO (2/3). AFASTAMENTO, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.*

*[...].*

*V. In casu, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.*

*VI. O acórdão impugnado afastou o redutor - previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e aplicado, pela sentença, no patamar máximo -, apenas ao fundamento de que o paciente possuiria personalidade afeita à prática de delitos, decorrente do fato de responder a outro processo, por tráfico de drogas - na verdade, por crime de porte, para consumo próprio -, com condenação não transitada em julgado, ilação que ofende o princípio da presunção de inocência e a Súmula 444/STJ, não podendo subsistir.*

*VII. Aplicável o redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que o paciente preenche os requisitos contidos no referido dispositivo legal, já que é primário - ostentando apenas uma condenação criminal anterior, ainda não transitada em julgado, pela prática de crime de porte de droga, para consumo próprio -, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, tal como constatado pelo Juízo de 1º Grau, que aplicou a referida causa de diminuição da pena, no grau máximo, devendo ser restabelecida, no ponto, a sentença condenatória, que fixou a pena definitiva do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.*

*[...].*

*X. No caso, o paciente é primário, foi preso com 1,7 g de cocaína, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo-lhe todas as condições judiciais favoráveis, com pena definitiva fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.*

*XI. Habeas corpus não conhecido.*

*XII. Ordem concedida, de ofício, para fixar a sanção penal em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, deferindo-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, a serem determinadas pelo Juízo da Execução, uma vez que já operado o*

*trânsito em julgado.* (HC 251.300/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 25/11/2013, grifei).

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal – 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Na segunda fase, presente as atenuantes de menoridade e a confissão, a pena retornou ao mínimo legal, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na terceira fase, aplica-se a fração de 2/3, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ficando a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Presente a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, aplicada no patamar de 1/6, **perfaz a pena definitiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa.**

No que toca ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Com efeito, dispõe o art. 33, § 2º, "c", do CP que o condenado não reincidente, cuja pena for igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o princípio, cumprir a reprimenda em regime aberto.

Entretanto, no caso em análise, em que pese à primariedade do

paciente, embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, as instâncias ordinárias aplicaram a pena-base acima do mínimo legal tendo em vista as circunstâncias judiciais negativas.

Dessa forma, o regime aplicável para o início do cumprimento da reprimenda deve ser o semiaberto, de acordo com os arts. 33, § 3º, e 59 do Código Penal e com a jurisprudência desta Casa.

A propósito:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.*

(...)

*4. Não obstante a reprimenda final do paciente seja inferior a 4 anos, é inviável a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade, a natureza e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).*

*5. "Estando a pena em concreto estipulada em patamar alcançado pelo regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal), ainda que existente circunstância judicial desfavorável, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime fechado para o cumprimento da pena, uma vez que o regime semiaberto já se afigura como mais gravoso que aquele previsto na lei" (AgRg no AREsp 615.877/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, Dje 04/08/2015).*

*6. In casu, tendo sido o paciente condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, com a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais valoradas negativamente (quantidade e qualidade dos entorpecentes apreendidos), revela-se mais adequada a imposição do regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente na Ação Penal n.º 0001975-25.2014.8.26.0048. (HC 356.550/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, Dje 29/08/2016, grifei.)*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE*

FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA. MESMOS FUNDAMENTOS. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

Assim, em nova análise da dosimetria da pena, deve ser mantida a pena fixada na sentença, em que o aumento da pena-base (1/6) foi fundamentado na natureza e na quantidade dos entorpecentes apreendidos e mostra-se razoável, pois está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal - CP, aplicando na terceira fase a minorante no máximo permitido (2/3), restando a pena fixada em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa.

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso, bem como vedar a substituição da pena por restritiva de direitos.

Na hipótese, embora a primariedade do paciente e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitem, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) foi utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal. **Dessa forma, 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 nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 44, inciso III, ambos do Código Penal.**

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para ratificar a pena imposta pelo Juízo de primeiro grau, redimensionando-a para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena. (HC 371.704/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016, grifei.)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA.



*SÚMULAS 718 E 719 DO STF. APLICAÇÃO.*

[...]

*2. As Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 440 deste Tribunal refutam a imposição de regime mais gravoso quando lastreado apenas na gravidade abstrata do delito ou em motivação inidônea.*

*3. Caso em que o acórdão considerou a gravidade genérica do delito (CP, art. 157, § 2º, II) para manter o regime inicial fechado para o cumprimento da sanção, em manifesto confronto com aquela orientação sumular.*

*4. Considerando a quantidade de pena que foi imposta (2 anos, 2 meses e 20 dias), bem como a ausência de agravantes ou atenuantes, embora desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente iniciar a expiação da pena no regime semiaberto.*

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto. (HC 195.440/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 04/11/2015, grifei.)*

Contudo, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, razão não assiste ao impetrante.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, relator Ministro AYRES BRITTO, declarou a inconstitucionalidade da proibição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", constante da parte final do *caput* do art. 44 da mesma lei, tornando possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos mesmo nos crimes de tráfico, desde que preenchidos os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal.

No caso dos autos, as instâncias ordinárias negaram a substituição da reprimenda privativa de liberdade em razão da gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias do caso, o que demonstra que o paciente não preencheu o requisito legal exigido para a obtenção da benesse. Portanto, a conversão da pena reclusiva em medidas alternativas não se mostra suficiente para a prevenção e a repressão do delito em análise, tampouco socialmente recomendável. Cumpre destacar o disposto na sentença a respeito da negativa para a substituição da pena: "Incabível, tendo em vista a má avaliação das circunstâncias judiciais, em especial da conduta social e da motivação para o delito (art. 77, II do CP)" – e-STJ fl. 23.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO PERSA. ARTIGO 313-A DO CP. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. Pode haver a valoração negativa da culpabilidade, pois a premeditação do crime e a "teia de fraudes" envolvendo a conduta demonstram o maior desvalor dessa circunstância, motivo pelo qual pode ser sopesada.*

*2. As instâncias ordinárias não se utilizaram de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base ao valorar negativamente as consequências do delito, uma vez que a inserção de dados falsos por funcionário público, para o fim de concessão indevida de benefícios previdenciários, traz prejuízos sistêmicos e não inerentes ao tipo penal, podendo comprometer a concessão de benefícios às gerações futuras, além de macular a imagem da Previdência Social.*

*3. No presente caso, embora estabelecida a pena definitiva menor que 4 anos (2 anos e 9 meses de reclusão), sendo primários os acusados e sem antecedentes, a presença de circunstâncias judiciais negativas (culpabilidade e consequências do crime) veda a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44 do CP.*

*4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1751996/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 26/10/2018, grifei.)*

*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DO MODO MAIS GRAVE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. É válida a imposição do regime inicial fechado ao réu reincidente que teve a circunstância judicial considerada desfavorável, mesmo quando condenado a pena inferior a 4 anos.*

*2. A substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra medida socialmente recomendável. Isso porque, conforme consta dos autos, o réu é reincidente e as circunstâncias do caso concreto foram consideradas graves pelas instâncias ordinárias.*

*3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1127758/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018, grifei.)*

Ante ao exposto, concedo em parte a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3, e, assim, reduzir a reprimenda para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, bem como para fixar ao paciente o regime semiaberto para início do cumprimento da reprimenda.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator

