HABEAS CORPUS Nº 459.429 - SP (2018/0174744-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - SP332595
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RENAN GOES DA CRUZ (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de RENAN GOÉS DA CRUZ no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido surpreendido com **11 porções (8,4g – oito gramas e quatro decigramas) de cocaína, 58 invólucros (7,2g – sete gramas e dois decigramas) de *crack*** (e-STJ fls. 20-53).

Em apelação, o Tribunal de origem julgou prejudicado o pedido para aguardar o julgamento do *writ* em liberdade, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, negou provimento ao apelo defensivo (e-STJ fls. 54/77).

Nas razões do *writ*, a defesa alega, em suma, as seguintes teses: (I) a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; (II) a fixação de regime inicial diverso do fechado; e (III) a substituição da reprimenda por pena restritiva de direitos. Requer, em liminar, *"que o paciente cumpra pena em regime diverso do fechado"* (e-STJ fl. 14).

Liminar indeferida às e-STJ fls. 85/86.

Informações prestadas às e-STJ fls. 92/120.

Parecer ministerial pela concessão parcial da ordem, nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fl. 122):

> *HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI*

> *Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. ATOS INFRACIONAIS QUE COMPROVAM A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRECEDENTE DO STJ. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA- BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (8,4G DE COCAÍNA E 7,2G DE "CRACK"). SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719 DO STF. PRECEDENTES DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MONTANTE DA REPRIMENDA QUE NÃO ADMITE A SUBSTITUIÇÃO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS; SE CONHECIDO, PELA PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM , APENAS PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.*

É, em síntese, o relatório.

Busca-se, com a presente impetração, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; a alteração do regime fixado para o cumprimento da pena; e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

De início, convém alertar que a jurisprudência pátria vem se firmando no sentido de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria penalógica, quando há a necessidade de revolvimento dos dados fáticos do processo. Nesse sentido, julgados de ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ENORME QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*
>
> *1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de habeas corpus, salvo em situações excepcionais. […]*
>
> *5. Habeas corpus denegado.*
>
> (HC 398.702/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 18/09/2017)

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE CUSTÓDIA CAUTELAR. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*
>
> *2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. […]*
>
> *9. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda ao exame da possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar, nos moldes do art. 387, § 2º, do CPP.*
>
> (HC 401.931/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 17/10/2017)

Nessa tessitura, a correção da reprimenda penal nesta angusta via é absolutamente extraordinária, sendo que, no presente caso, não vislumbro manifesto constrangimento ilegal a excepcionar o referido posicionamento, em sua integralidade.

Quanto ao pleito para a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, observo que o Tribunal de origem deixou assente que (e-STJ fls. 71/72):

> *Não era mesmo o caso de concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas eis que, embora seja o réu primário e não ostente antecedentes desabonadores, a diversidade das drogas arrestadas cocaína nas formas de pó e crack; sua natureza sendo despiciendo discorrer-se sobre a letalidade e alto poder viciante da cocaína, mormente na apresentação solidificada ; sua quantidade 69 porções na totalidade ; sua forma de acondicionamento e, ainda,* ***"...como se verifica das certidões juntadas a fls. 123/135, pela prática do mesmo delito, ao réu já foram aplicadas duas medidas***

> ***socioeducativas de liberdade assistida e duas de internação...” (fls. 169), demonstraram, com segurança, que fazia ele do tráfico seu meio de vida, como se profissão fosse*** – (grifei).

A teor 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 integrarem organizações criminosas.

O legislador ordinário, ao instituir a referida benesse legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, entretanto, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida, uma habitualidade.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* da redução, a jurisprudência pátria firmou entendimento no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP e das particularidade do caso concreto, podem servir como parâmetro para a modulação do percentual de diminuição, ou, até mesmo, impedir a sua aplicação, quando ficar evidenciado o envolvimento habitual do agente com o tráfico de drogas ou quaisquer outros crimes.

Na hipótese dos autos, as instâncias antecedentes deixaram assente que a redução da pena seria afastada ante o envolvimento da paciente com atividades criminosas.

Assim, o acórdão objurgado está em pleno alinho com a jurisprudência desta Corte Superior de que o envolvimento do paciente com a atividade criminosa tem o condão de afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado. A propósito:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE*

OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TER JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO FOI A ÚNICA RAZÃO A IMPEDIR O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] - *O ora paciente conta com condenação anterior à medida socioeducativa de internação, pela prática do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes. Dessa forma, sobeja essa razão, idônea nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, para afastar a redutora do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, pois atesta a dedicação do acusado à atividade criminosa. […]*

Habeas corpus não conhecido.

(HC 481.232/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 13/12/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PATAMAR MANTIDO. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[…] III - In casu, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na grande quantidade de drogas apreendidas (46, 2 gramas de cocaína), bem como pelo fato de que o paciente já fora responsabilizado por atos infracionais, inclusive análogos ao tráfico de drogas, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever essa constatação, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes. […]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena da paciente, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 474.728/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA

TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 19/11/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA REDUTORA DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). VEDAÇÃO. VIDA PREGRESSA DO PACIENTE. HISTÓRICO DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL - CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[…] 3. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosa e não integrar organização criminosa. Na hipótese dos autos, verifica-se que o Magistrado sentenciante destacou que o paciente tem histórico de tráfico de drogas na adolescência, o que demonstra que possui vida pregressa de dedicação à atividade criminosa. Dessa forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, vedada em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa. Precedentes. Ademais, para se acolher a tese de que a paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus. […]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 434.455/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que se dedica à atividade criminosa. A aplicação da aludida minorante foi rejeitada de forma fundamentada,

> *tendo sido consignado pelas instâncias ordinárias que o paciente se dedica a atividades criminosas de tráfico e roubo, bem como já teria se sujeitado a várias medidas socioeducativas, quando menor, em razão da traficância. […]*
>
> *3. Habeas corpus denegado.*
>
> (HC 204.907/MG, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 28/06/2011)

Quanto ao pedido para alteração do regime fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, observo que foi fixada a pena-base no mínimo legal para a paciente.

Entretanto, não obstante o *quantum* da condenação e serem favoráveis as circunstâncias judiciais, foi fixado o regime fechado para início de cumprimento da pena, nos seguintes termos (e-STJ fls. 74/75):

> *Mantenho o regime prisional inicial extremo para início de desconto da pena privativa de liberdade.*
>
> *Afinal, trata-se de condenação pelo cometimento do delito de tráfico ilícito de drogas, crime que denota conduta absolutamente perniciosa à sociedade, sobretudo por contribuir com a disseminação da substância ilícita entre a população, fato que, por alcançar patamares insuportáveis, coloca em risco, inclusive, a tranquilidade social e a ordem pública, mormente por ser causa mediata de vários outros delitos, notadamente aqueles de natureza patrimonial.*
>
> *De rigor realçar que o denunciado praticou delito equiparado a hediondo, cuja perniciosidade, a manifesta reprovação social e a previsão, pelo legislador constituinte, de regime especial (Constituição da República, artigo 5º, inciso XLIII), torna imperioso o início do desconto da sanção carcerária no regime mais severo.*
>
> *Em acréscimo à gravidade abstrata do delito tem-se que a quantidade de substâncias apreendidas, sua diversidade e sua natureza evidenciaram maior reprovabilidade na conduta do réu, sendo que outra não poderia ser a resposta estatal no caso em concreto.*

A análise do decidido nas instâncias ordinárias deixa claro que a fundamentação adotada não é bastante para a constrição do paciente em regime prisional mais gravoso. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de reais elementos de convicção, não justifica a imposição do modo mais opressor de custódia.

Constata-se, pois, que, *in casu*, o regime fechado aplicado à pena

reclusiva, mais severo do que a reprimenda comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República e ao enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior, que segue transcrita: "*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*"

Nesse mesmo sentido, seguem os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

> *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Em consequência, considerando o *quantum* da condenação, a primariedade da paciente e o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser-lhe conferido o regime semiaberto, em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Na orientação da Súmula n. 440, confiram-se estes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal Superior:

> HABEAS CORPUS. WRIT *SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. AUMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...] *5. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo* quantum *da pena.*
>
> *6. O Tribunal local não apontou nenhum elemento dos autos (como o* modus operandi, *por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.*
>
> *7. O paciente, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, deve*

cumprir a pena em regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2°, "b", e § 3°, do CP.

8. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria pelo delito de roubo, além de fixar o regime semiaberto.*

(HC 352.019/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 31/05/2016.)

HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I, II, DO CP). ESTABELECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM PATAMAR SUPERIOR A 1/3 SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA (SÚMULA 443/STJ). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. LIMINAR CONFIRMADA.*

[...] *3. Em que pese o Juiz ter fixado a pena-base no mínimo legal, o regime inicial fechado foi aplicado e, posteriormente, mantido, com base tão somente em argumentos abstratos. Assim, haja vista a ausência de fundamentação concreta para se manter o paciente em regime inicial mais gravoso do que a sanção imposta permite, vê-se, na decisão impugnada, a presença de manifesto constrangimento ilegal.*

4. Esta Corte Superior de Justiça vem decidindo não ser possível, apenas com base na gravidade genérica do delito e com considerações vagas, infligir ao réu regime prisional mais severo do que o quantum *da pena autoriza, quando reconhecidas como favoráveis as circunstâncias judiciais do réu primário e de bons antecedentes.*

Nesse sentido, em 2010, a Terceira Seção editou a Súmula 440/STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

5. Tendo em conta que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e o quantum da pena aplicada é inferior a 8 anos, possível a fixação de regime inicial intermediário.

6. Writ *não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 dias-multa, confirmando-se a liminar.*

(HC 324.445/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 08/03/2016.)

HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO.* [...] *REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS*

FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...] *3. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".*

Seguindo tal entendimento, a mera referência genérica, pelo Magistrado sentenciante quanto a violência do delito e do uso de arma de fogo, não constituem motivação suficiente, por si sós, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do paciente Pedro, a quem foi imposto reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena do paciente Pedro José Gouveia.*

(HC 301.983/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016.)

HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 8 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.* [...] HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU.*

[...] *2. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito" (Súmula 440/STJ).*

3. Hipótese em que o paciente e corréu são primários, possuem todas as circunstâncias judiciais favoráveis e foram condenados a penas privativas de liberdade superiores a 4 e não excedentes a 8 anos, razão pela qual fazem jus ao regime inicial semiaberto.

4. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente, com extensão dos efeitos ao corréu JEAN, confirmando as liminares anteriormente deferidas.*

> (HC 349.209/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016).

Ante a quantidade de pena aplicada (superior a quatro anos) torna-se incabível a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Tal o contexto, **concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus*** tão somente para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator