HABEAS CORPUS Nº 498.357 - SP (2019/0071938-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	APARECIDO ROQUE DE ARAUJO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **APARECIDO ROQUE DE ARAUJO** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 12 (doze) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 155, **caput** do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 34-44, com a seguinte ementa:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS NO CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL -IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLEITO ABSOLUTÓRIO - A REINCIDÊNCIA IMPEDE O RECONHECIMENTO DA CRIMINALIDADE DE BAGATELA, A TEOR DA ORIENTAÇÃO PRETORIANA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - O CRIME DE FURTO É CONSUMADO NO MOMENTO EM QUE CESSA A VIOLÊNCIA E O AGENTE INVERTE A POSSE DA COISA, SENDO PRESCINDÍVEL A POSSE MANSA E PACÍFICA DO BEM - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA PENAL INALTERADA - MANTIDO O AUMENTO DA PENA-BASE COM ESTEIO NOS MAUS ANTECEDENTES - RÉU REINCIDENTE - INAPLICÁVEL A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO MANTIDO - RECURSO DESPROVIDO."*

No presente **writ**, o impetrante sustenta a atipicidade material da

conduta praticada, ante a possibilidade de incidência do princípio da insignificância. Igualmente, alega constrangimento ilegal na primeira, segunda e terceira fase da dosimetria, bem como na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para absolver o paciente ou, subsidiariamente; **i)** afastar os maus antecedentes da primeira fase da dosimetria; **ii)** reconhecer a atenuante da confissão, compensando-a com a reincidência; **iii)** reconhecer a ocorrência de tentativa; **iv)** fixar o regime inicial aberto; e **v)** substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 3-33).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 52-54).

As informações foram prestadas às fls. 59-93.

O Ministério Público Federal, às fls. 95-101, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

> *"HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA E PACÍFICA DA COISA FURTADA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES DIVERSAS UTILIZADAS PARA O RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO PARCIAL CONSIDERADA NA CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. PLEITOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REITERAÇÃO DELITIVA. INVIABILIDADE. PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM."*

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Sustenta o impetrante a atipicidade material da conduta praticada, ante a possibilidade da incidência do princípio da insignificância, *"em razão da prática de um furto simples de uma bermuda no valor de R$89,90 (oitenta e nove reais e noventa centavos)."*

Quanto à atipicidade da conduta, **no presente caso**, o princípio da insignificância foi afastado, em razão da vida pregressa do paciente, ao fundamento de que possui comportamento reiterado na prática de crime patrimoniais.

Na hipótese, não obstante as alegações da defesa, é bem de ver que o prejuízo não pode ser o que, ao final, resultou concretamente realizado, vale dizer, o princípio da insignificância tornaria determinada modalidade delituosa de adequação típica de subordinação mediata em conduta atípica por suposta ausência de ofensa ("ao final") a bem jurídico.

Nesse cenário, vale referir que, na sessão de 3/8/2015, o **Plenário** do eg. **Supremo Tribunal Federal**, ao examinar, conjuntamente, o HC n. 123.108/MG, Rel. Min. **Roberto Barroso**; o HC n. 123.533/SP, Rel. Min. **Roberto Barroso** e o HC n. 123.734/MG, Rel. Min. **Roberto Barroso**, **definiu que a incidência do princípio da insignificância deve ser feita caso a caso** (**Informativo nº. 793/STF**).

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015), estabeleceu que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a

possibilidade de, no caso concreto, a verificação que a medida é socialmente recomendável.

No presente caso, não se pode ter como irrelevante a conduta do agente que detém comportamento reiterado na prática de crimes patrimoniais. Desse modo, nota-se que as instâncias ordinárias decidiram de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, inexistindo flagrante ilegalidade a ser sanada na via estreita do **habeas corpus.**

Nesse sentido:

> *"PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR**. PRÁTICA ANTERIOR DE DELITOS DO MESMO TIPO. INAPLICABILIDADE. **MAUS ANTECEDENTES.** EXASPERAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO DE 1/3 NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO**. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *III - In casu, imputa-se ao paciente a subtração de 27 (vinte e sete) folhas de alumínio, com valor estimado em R$ 30,00 (trinta reais), que foram, posteriormente, devolvidas à vítima. Não obstante a res furtiva tenha pequeno valor, equivalente, aproximadamente, a 4% do salário mínimo vigente à época do fato (salário mínimo em 2014 - R$ 724,00), na linha da jurisprudência desta Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, **mostra-se incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, haja vista que o paciente tem extensa folha de antecedentes, inclusive condenações pela prática de delitos da mesma espécie** (precedentes).*
>
> *IV - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).*

V - Na espécie, o exame da quaestio evidencia, a meu ver, a desproporcionalidade na fixação da pena base, uma vez que esta foi exasperada acima do mínimo legal apenas em virtude da existência de maus antecedentes. Entendo, pois, que a exasperação razoável seria, ***in casu,*** *na fração de 1/6 (um sexto), e não em 1/3 (um terço), conforme estipulado na r. sentença (precedentes).*

Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente para redimensionar a pena do paciente"* (HC n. 339.922/SC, **Quinta Turma,** de **minha relatoria**, DJe de 3/2/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. FURTO DE LATAS DE CERVEJA AVALIADAS EM R$ 61,00. ***PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA****. NÃO APLICAÇÃO. RECIDIVA DO PACIENTE EM CRIMES PATRIMONIAIS.* ***QUALIFICADORA DE ARROMBAMENTO****. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.*

1. Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, a fim de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta do agente; ausência total de periculosidade social da ação; ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.

2. Se, do ponto de vista dogmático, a existência de maus antecedentes não poderia ser considerada como óbice ao reconhecimento da insignificância penal - por aparentemente sinalizar a prevalência do direito penal do autor e não do fato -, não deve o juiz, ao avaliar a tipicidade formal, ignorar o contexto que singulariza a ação como integrante de uma série de outras de igual natureza, as quais evidenciam o comportamento humano avesso à norma incriminadora.

3. ***A subtração de 36 latas de cerveja, avaliadas em R$ 61,00, muito embora tenha sido contra pessoa jurídica, deu-se por meio de arrombamento*** *e foi perpetrada por agente reincidente, com duas condenações anteriores por crimes de natureza patrimonial, a denotar sua habitualidade criminosa,* ***de maneira que a conduta não se revela como de escassa ofensividade social e penal.***

4. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 309.905/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe

de 2/3/2015, grifei).

O impetrante também alega constrangimento ilegal na primeira fase da dosimetria da pena, ao fundamento de que *"na certidão de fl.120 consta trânsito em julgado posterior os fatos tratados na presente ação penal e, portanto, devem ser considerados neutros na dosimetria*."

Acerca do **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"A pena basilar teve apurado fundamento para a majoração em 1/6 (um sexto) com esteio nos maus antecedentes ostentados pelo réu, que ostenta condenação definitiva certificada a fls. 120. O trânsito em julgado da condenação por fato anterior ao tratado nos autos durante o curso do processo, por certo, constitui precisamente uma das hipóteses caracterizadoras dos maus antecedentes."

No presente caso, ao contrário do que alega o impetrante, não houve ilegalidade na primeira etapa da aplicação da sanção, eis que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, **pode ensejar a exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes.**

Sobre o tema cito os seguintes julgados:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME PRETÉRITO, PORÉM COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM APURAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES EXTRAÍDAS DO SISTEMA INFORMATIZADO DO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE.*
>
> *1.* ***A teor da jurisprudência desta Corte Superior, não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou personalidade do agente.***
>
> ***2. Entretanto, é viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela (caso dos autos), seja utilizada como circunstância judicial negativa.***

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 812.430/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 26/4/2017).

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. ***Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado.***

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação do regime intermediário para o início do cumprimento da pena inferior a quatro anos, mesmo diante da primariedade do réu.

4. Ordem não conhecida" (HC n. 349.015/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 2/5/2016).

A defesa ainda sustenta a ocorrência de flagrante ilegalidade na segunda fase da dosimetria da pena, sob a alegação de que o Tribunal de origem deixou de considerar a confissão, para compensar com a agravante da reincidência.

No presente caso, a forma da confissão do paciente configura a confissão qualificada, de modo que foi expressamente confirmado pelas instâncias ordinárias que o paciente admitiu parcialmente a imputação dos fatos descritos na denúncia.

Esse entendimento, inclusive, foi recentemente sumulado, consoante dispõe o enunciado n. 545/STJ: *"Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal.*"

Destarte, considerando a utilização da confissão para formar a

convicção do julgador, deve ela ser apreciada como circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria da pena, razão pela qual o acórdão se encontra em desacordo com a jurisprudência desta Corte Superior.

Ademais, nos termos do artigo 67 do Código Penal, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve se aproximar das circunstâncias preponderantes, compreendidas como tais, as referentes aos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Quanto ao mencionado dispositivo, extrai-se do posicionamento da **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT, que *"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."*

Ocorre que ao se possibilitar a compensação entre as respectivas circunstâncias, não foi anunciado ou mesmo ressalvado a aplicabilidade de quaisquer das espécies de reincidência, vale dizer, possibilitou-se, ainda que tacitamente, e para os referidos fins, que fossem viabilizados tanto o seu viés genérico, quanto o específico.

Nesse diapasão, a **Terceira Seção** deste **Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do **habeas corpus** n. 365.963/SP, em 11/10/2017, firmou entendimento no sentido da "*possibilidade de se compensar a confissão com o gênero reincidência, irradiando seus efeitos para ambas espécies (genérica e específica), ressalvados os casos de multireincidência*".

Eis a ementa do julgado:

> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ÚNICA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA E*

QUANTUM DE PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

*IV - **A col. Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."***

*V - **Na hipótese, não obstante seja o paciente reincidente específico, entendo que podem ser compensadas a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema.***

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação." (HC 365.963/SP, **Terceira Seção**, **minha relatoria**, DJe 23/11/2017).

Com essas ponderações, passo ao redimensionamento da pena. Considerando a pena-base fixada acima o mínimo legal, na segunda fase, conservo a reprimenda nesse patamar, ante a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

O impetrante igualmente defende que *"o M.M. Juiz sentenciante deixou de reconhecer a tentativa com base, exclusivamente, em elementos do inquérito não corroborados minimamente em juízo, na mais completa violência aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal."* Outrossim, aduz que: "*Para consumação do crime de furto, é necessária a posse mansa e pacífica da res. A única testemunha ouvida em juízo foi uma policial que não presenciou os fatos. 0 PACIENTE narrou que, de fato, pretendia furtar a res, mas foi abordado ainda no interior da loja, quando*

então dispensou sua mochila com a res no interior e fugiu, sendo detido por seguranças do lado de fora da loja."

O Tribunal de origem, por sua vez, consignou:

"O pleito que visa ao reconhecimento do conatus é improcedente. Consuma-se o delito de furto no momento em que se opera a inversão da posse da res furtiva, ainda que por curto período de tempo. O entendimento consagra a vertente doutrinária da teoria "apprehensio" ou "amotio", considerando-se consumado o delito quando o agente desloca ou remove a coisa invertendo-lhe a posse, sendo prescindível a retirada do bem da esfera de vigilância da vítima."

Sobre o tema, em relação ao momento consumativo, no âmbito desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que os crimes de roubo e furto se consumam no instante em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por pouco tempo, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem.

In casu, inexiste flagrante ilegalidade a ser sanada, uma vez que o Tribunal de origem bem exarou que, ainda que por curto período de tempo, houve a inversão da posse da **res** furtiva.

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA POSSE DO BEM. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. NECESSIDADE DE EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *III - Em relação ao momento consumativo, no âmbito desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que os crimes de roubo e furto se consumam no instante em que o agente se torna possuidor da coisa alheia*

móvel, ainda que por pouco tempo, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem.

IV - No presente caso, denota-se que o entendimento emanado pelo Tribunal de origem se encontra em conformidade com a jurisprudência pacífica e, inclusive, sumulada, deste Superior Tribunal de Justiça, pois, conforme foi consignado, houve a inversão da posse, o que é suficiente para a consumação do crime de roubo, independentemente de ser ela mansa e pacífica. V - Outrossim, para se reconhecer a existência de tentativa seria necessário analisar de forma profunda o deslinde dos fatos, bem como as provas amealhadas aos autos e os elementos utilizados pelo Tribunal a quo para assim concluir, tarefa inviável em habeas corpus.

Habeas Corpus não conhecido." (HC 337.772/SP, **Quinta turma**, **minha relatoria**, DJe 23/08/2017).

Quanto ao regime inicial para o resgate da reprimenda, insta consignar que, conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, além do **quantum** da pena, também deve haver a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial **semiaberto**, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, uma vez que, a despeito do montante final da pena autorizar o regime aberto, depreende-se da dosimetria realizada que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis e é reincidente.

Sobre o tema, colaciono os seguintes arestos:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DO WRIT. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

*V - **Na presente hipótese, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o réu é reincidente, o que demonstra a adequada aplicação do regime inicial mais***

gravoso (no caso, o fechado), nos termos da interpretação do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.

VI - Em decorrência do quantum da pena do paciente, não há falar em possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, na presente hipótese, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal. Habeas corpus não conhecido." (HC 391.353/SP, **Quinta Turma**, **Minha Relatoria**, DJe 25/05/2017).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO. NULIDADE. ART. 57 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NOVO ENTENDIMENTO DO STF FIRMADO NO HC 127.900/AM. ART. 400 DO CPP. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PREPONDERÂNCIA SOBRE O DA ESPECIALIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. A QUANTIDADE E A NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. REDUTOR NA FRAÇÃO MÁXIMA. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS, NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

10. Fixada a reprimenda em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos e sendo o paciente reincidente, inviável a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena reclusiva, uma vez que a reincidência e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais gravoso.

11. Writ não conhecido." (HC 293.129/SC, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 11/05/2017).

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para fixar a pena definitiva em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator