HABEAS CORPUS Nº 491.946 - SP (2019/0033515-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA
ADVOGADO	:	ODAIR MARIANO MARTINEZ A OLIVEIRA - SP082941
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	JOSÉ MARIA DE ALMEIDA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, sem pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ MARIA DE ALMEIDA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, nos autos da apelação criminal n. 1999.61.81.001831-4.

Depreende-se dos autos que o paciente foi absolvido, em primeira instância, do delito constante do art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/90, com fundamento no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal (fls. 34-44).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, proveu o apelo ministerial e condenou o paciente às penas de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 100 (cem) dias-multa, com incurso nas sanções do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 45-53).

Os embargos de declaração opostos pela defesa, às fls. 73-77, foram rejeitados.

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no v. acórdão impugnado, haja vista que *"EXASPEROU EXCESSIVA E DESPROPORCIONALMENTE A PENA-BASE EM FACE TANTO DA QUANTIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS RECONHECIDAS NA ESPÉCIE, COMO DA INTENSIDADE COM QUE CADA UMA DELAS FOI VALORADA NA ORIGEM, INCORRENDO, AINDA, EM ERRO DE TÉCNICA, JÁ QUE, NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, A FRAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA*

"CULPABILIDADE" INCIDIU SOBRE A PENA JÁ ACRESCIDA DA FRAÇÃO CORRESPONDENTE À VETORIAL "CONSEQUÊNCIAS DO CRIME"" (fl. 6).

Sustenta, ainda, que *"[...] COMO A PENA DO PACIENTE ESTABELECIDA PELO TRIBUNAL "A QUO" FOI DE 5 (CINCO) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, O REGIME INICIAL DE SEU CUMPRIMENTO, CONFORME A ESCALA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL, E À MINGUA DE QUALQUER MOTIVAÇÃO PARA SEU AGRAVAMENTO, DEVE SER O SEMI-ABERTO"* (fl. 25).

Por fim, aduz, que *"NESSA HIPÓTESE DE NOVA DOSIMETRIA QUE RESULTE REPRIMENDA IGUAL OU INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, DEVE AINDA SER AVALIADA A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, JÁ QUE ESTÁ PREENCHIDO O REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA PARA A CONCESSÃO DA ALUDIDA BENESSE ESTABELECIDO NO ARTIGO 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL"* (fls. 25-26).

Requer, assim, a concessão da ordem para *"[...] REDIMENSIONAR A PENA- BASE MEDIANTE APLICAÇÃO SOBRE A PENA MÍNIMA DE FRAÇÕES MENORES DO QUE AS ESTABELECIDAS PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA EM FACE DAS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORECIDAS, EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, BEM COMO PARA, EM FACE DE NOVA REPRIMENDA, FIXAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUBSTITUÍ-LA POR PRIVATIVA DE DIREITOS, DETERMINANDO-SE, AINDA, A EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO EM FAVOR DO PACIENTE, OU SUA IMEDIATA SOLTURA, CASO ESTEJA SEGREGADO EM RAZÃO DA AÇÃO PENAL OBJETO DESTE WRIT, E A COMUNICAÇÃO AO TRIBUNAL IMPETRADO E AO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU"* (fls. 26-27).

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 266-268, 286, 288 e 291-292.

O Ministério Público Federal, às fls. 294-300, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS. REAPRECIAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA DOSIMETRIA. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.*
>
> *– 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, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus.*
>
> *– Parecer pelo não conhecimento do writ"* (fl. 294).

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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "*dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso*

concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor análise das questões aduzidas no presente **writ**, colaciono abaixo o que dispôs o v. acórdão impugnado acerca da dosimetria da pena do paciente:

"Portanto, a meu ver, autoria e materialidade restaram sobejamente comprovadas, sendo a condenação do apelante, medida de inteiro rigor.

Passo à fixação da pena.

Na primeira fase de aplicação da pena, como ***conseqüência do crime****, e face o montante do débito estabelecido perante a Receita Federal, aumento de metade a pena mínima estabelecida no tipo penal, somando a mesma 3 (três) anos de reclusão.*

A função exercida pelo apelado, de delegado de polícia, *também não milita em seu favor, uma vez que e esperado do ocupante de tal função, atitude ímpar de probidade e lisura,* ***revelando maior juízo de reprovabilidade, a conduta perpetrada.*** *Sendo assim, aumento novamente de metade o quantum da pena até então estabelecido, totalizando ? mesma, na primeira fase de aplicação, 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.*

Não há agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase de aplicação da pena, presente a causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal. Aplico a causa de aumento em 1/6 (um sexto), totalizando ao final a reprimenda 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Face as circunstâncias judiciais do fato criminoso, estabeleço a pena de multa em 100 (cem) dias-multa. O apelado possui capacidade econômica relevante, bem acima da média nacional, sendo assim, estabeleço o valor do dia-multa em 1 (um) salário minimo, vigente na data dos fatos.

Incabível a substituição por pena restritiva de direitos.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado" (fl. 53, grifei).

Da leitura do excerto acima transcrito, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em decorrência da valoração negativa dos vetores **culpabilidade e das consequências do crime**.

Quando à **culpabilidade**, aqui compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta (art. 59 do Código Penal), verifica-se que o eg. Tribunal de origem analisou concretamente as circunstâncias que cercaram a prática do delito e entendeu, de forma fundamentada, pela maior censura da ação delituosa, haja vista trata-se de um **delegado de polícia que tinha o dever de guardar a ordem pública e de reprimir crimes**.

Nesse sentido:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DECLINADA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *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.*
>
> ***3. Ainda que a corrupção de funcionário público constitua elementar do tipo penal do art. 333 do CP, não há se falar em indevido bis in idem, pois demonstrado o maior grau de censura da conduta a justificar o incremento da pena-base a título de culpabilidade, uma vez que o delito foi praticado dentro de estabelecimento prisional de segurança máxima, durante o cumprimento de pena, tendo havido tentativa de perverter agente penitenciário, o que denota a necessidade de maior resposta penal.***
>
> *4. Writ não conhecido".* (HC 370.977/SC, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **ribeiro Dantas**, DJe 28/06/2017, grifei).

> *"RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA. FRAUDE NA CONSTRUÇÃO DO TRT/SP. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. PREJUÍZOS EXPRESSIVOS À UNIÃO E MODUS OPERANDI EMPREGADO. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. CONDUTA SOCIAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INVÁLIDA. REDUZIDA A SANÇÃO. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. DECRETADA A PRESCRIÇÃO.*
>
> *1. Não analisada pelo Tribunal a quo a matéria referente à inépcia da inicial, carece o recurso especial do indispensável requisito do prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.*
>
> ***2. Correto o tratamento gravoso dado à culpabilidade do agente que participa do desvio de grande valor, com vultosos prejuízos contra a União, em favor de empresa privada onde ocupava o réu o cargo de Diretor-Executivo, pela maior reprovação social em razão do mode de realização do crime e do cargo exercido pelo acusado.***
>
> *[...]*
>
> *7. Recurso especial do Ministério Público prejudicado. Recurso de José Eduardo Corrêa Teixeira Ferraz conhecido em parte e, nessa extensão, provido parcialmente para redimensionar a pena, com a posterior decretação da prescrição da pretensão punitiva".* (REsp 1648924/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 01/04/2019, grifei).

Já as **consequências do crime** se relaciona ao abalo social da conduta delituosa, bem como à extensão e à repercussão de seus efeitos. Muito embora a maioria das condutas delitivas já tragam no bojo do seu preceito primário a consequência da prática da infração (resultado naturalístico do crime), consistente na lesão jurídica causada à **vítima** ou à **coletividade**, a circunstância judicial relativa às consequências procura mensurar o alcance de tal repercussão, que se projeta para além do fato delituoso. Com efeito, no caso concreto, restou consignado *"face o montante do débito estabelecido perante a Receita Federal"*, ou seja, R$17.221,96 e R$134.485,89 (fl. 30). **Nesse ponto, entendo que é idônea a fundamentação proferida pelo v. acórdão**

impugnado.

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISOS II E IV, DA LEI N. 8.137/1990. DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A CULPABILIDADE. PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena é procedimento que expressa um juízo de discricionariedade do julgador, o qual deve estar atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- A culpabilidade do acusado foi tida por desfavorável tendo em vista o fato de o réu ter agido com elevada culpabilidade, ciente do prejuízo para a Fazenda Pública que decorreria da sua conduta fraudulenta. Como é cediço, a teor da jurisprudência desta Corte, tal fundamentação, por ser vaga, genérica e inerente às elementares do próprio tipo penal, não é idônea à exasperação da pena-base, uma vez que não possui lastro em elementos fáticos, colhidos dos autos, aptos a demonstrarem de que forma a gravidade concreta do delito extrapolou a conduta usualmente descrita no tipo penal.

- Como já assentado na jurisprudência desta Corte, a personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais (HC 472.150/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 13/11/2018), elementos que foram devidamente delineados pelas

instâncias ordinárias.

- Na linha da jurisprudência iterativa desta Corte, é admissível a valoração negativa das consequências de crime contra a ordem tributária quando for expressivo o valor do tributo suprimido.

- Na hipótese, evidenciado o constrangimento ilegal pela valoração negativa da culpabilidade, deve ser redimensionada a pena-base de forma adequada à prevenção e reprovação do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 15 dias-multa, mantidos o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já definidos pelo acórdão impugnado". (HC 468.236/PE, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 19/12/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DUPLO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO À DECISÃO PROFERIDA PELA INSTÂNCIA A QUO. A decisão de admissibilidade proferida pelo Tribunal de origem não vincula esta Corte Superior, na medida em que tal juízo está sujeito ao duplo controle. Assim, aportados os autos neste Sodalício, nova análise do preenchimento dos pressupostos recursais deverá ser realizada.

NULIDADE. OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO POR CARTA PRECATÓRIA. PARTE INTIMADA DA EXPEDIÇÃO. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE ADVOGADO DATIVO. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE.

1. Inviável a análise, por este Sodalício, da alegação apresentada pela defesa, a qual não foi objeto de debate na instância de origem, incidindo o óbice previsto nas Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. O prequestionamento das questões objeto de irresignação é imprescindível para a análise do Recurso Especial, inclusive na hipótese de se tratar de matéria de ordem pública.

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM PROPORCIONAL. REFORMATIO IN PEJUS NO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art.

> *59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie.*
>
> *2. É entendimento desta Corte Superior que, em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o Tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, apresentar nova fundamentação, desde que não agrave a situação do recorrente, exatamente como na hipótese dos autos.*
>
> *3. Na hipótese, o colegiado a quo, de forma fundamentada e em observância ao princípio da individualização da pena, manteve a sanção inicial estabelecida na origem, considerando negativas a culpabilidade, os motivos e as* ***consequências do crime****, sustentando que o agente exercia o cargo de prefeito e agiu fraudando certames públicos com a finalidade de beneficiar empresas privadas,* ***causando enorme prejuízo à administração pública, argumentos e justificam a majoração da sanção tal como operada, nos termos da jurisprudência deste Sodalício.***
>
> *4. Agravo improvido".* (AgInt no AREsp 1397380/PR, **Quinta Turma**. Rel. Ministro **Jorge Mussi**, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019, grifei).

Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que *"**A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito**"* (AgRg no REsp n. 143.071/AM, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 6/5/2015).

In casu, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, **ausente, portanto, notória ilegalidade** a justificar a concessão da ordem de ofício.

Em relação do regime prisional, segundo jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, *"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"* (Súmula n.

718/STF), e *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF).

Na hipótese, entendo que deve ser mantido o regime inicial **fechado**, ante a existência de **circunstância judicial desfavorável (circunstâncias e consequências do crime)**, que foi utilizada para majorar as penas-base dos pacientes.

Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a **existência de circunstância judicial desfavorável**, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, autoriza a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena cominado.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. REGIME. PENA INFERIOR A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. Nos termos do art. 33 do CP, admite-se a fixação do regime fechado a condenado à pena inferior a 8 anos, quando presente circunstância judicial desfavorável.*
>
> *2. Agravo regimental improvido"* (AgRg no HC n. 283.446/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 09/02/2017).

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULA/STJ 440. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. De acordo com 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". No mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece que "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", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

2. As súmulas foram observadas pelo Tribunal a quo, porquanto o regime fechado foi imposto com motivação idônea, devendo ser observado o regime legal dos § 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. In casu, as instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena base foi fixada acima do mínimo legal. Como o paciente é primário e a sanção corporal foi fixada em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, o paciente faz jus ao regime inicial fechado de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.

3. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido" (RHC n. 68.115/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 19/12/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. (ART. 33, § 3º, DO CP). RECURSO DESPROVIDO.

1. Considerando o quantum da pena aplicada - 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão - e a existência de circunstância judicial desfavorável, é adequado o regime prisional fechado para o cumprimento da reprimenda corporal.

2. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 908.298/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 21/10/2016).

Nesse compasso, fixada pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

P. e I.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator