

HABEAS CORPUS Nº 509.483 - SP (2019/0133306-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO GODOY DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de CARLOS EDUARDO GODOY DE SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0031347-08.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o acusado foi absolvido, nos termos do art. 386, inciso III, do Código Processual Penal, da imputação relativa ao delito tipificado no art. 155, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso, a fim de condenar o réu pela prática do crime descrito na incoativa à pena de 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 6 (seis) dias-multa.

Nesta via, sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o paciente faria jus ao reconhecimento da atipicidade material da conduta pela aplicação do princípio da insignificância, diante do ínfimo valor do bem subtraído, a saber, desodorantes avaliados em R\$ 82,55 (oitenta e dois reais e cinquenta e cinco centavos).

Defende, caso não seja reconhecida a atipicidade da conduta, a possibilidade da compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, redimensionando a reprimenda do paciente.

Aduz, ainda, que não houve fundamentação suficiente para justificar o regime prisional fechado para o paciente.

Requer, ao final, a concessão da ordem constitucional para que seja absolvido, em razão da atipicidade da conduta, ou, subsidiariamente, compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e mitigado o regime inicial para o aberto.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 84-88, pelo não conhecimento da impetração, contudo, pela concessão da ordem.

É o relatório.

Cumprir pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que se refere à aplicação do princípio da insignificância, sabe-se que este reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, estas consideradas não

só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

Veja-se, sobre o tema, a lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, partindo do velho adágio latino minima non curat praetor. A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade a bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

[...].

Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em razão ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida, como por exemplo, nas palavras de Roxin, 'mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade'.

Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, "a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada" (Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1, 14ª ed., Saraiva: SP, 2009, p. 21 e 22).

Por sua vez, a orientação do Supremo Tribunal Federal mostra-se no sentido de que, para a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la

atípica, deve levar-se em consideração os seguintes vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a inexistência de periculosidade social na ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada, salientando que o Direito Penal não deve se ocupar de condutas que, diante do desvalor do resultado produzido, não representem prejuízo relevante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Nesse sentido:

"PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO DELITO DE FURTO - 'RES FURTIVA' NO VALOR DE R\$ 110, 00 (EQUIVALENTE A 26,5% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.

"- O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

"O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'.

"- O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. 'O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social' (HC n. 94.505/RS, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. em 16-9-2008).

Assim, a aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos

postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais, **pressupostos que, no caso, não se encontram atendidos.**

Acerca do tema que ora é trazido à discussão, assim ficou assentado no acórdão recorrido, *in verbis* (e-STJ fls. 72):

"No caso em exame, a res furtiva foi avaliada em R\$ 82,55.

O Código Penal, por sua vez, no par. 2º, do art. 155, prevê a figura do furto privilegiado, ao rezar que "se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão por detenção, diminuí-la de 1(um) a 2/3 (dois terços), ou aplicar a pena de multa".

Assim sendo, mesmo que o desfalque patrimonial seja de pequena monta, não se pode considerar a conduta atípica. Na hipótese de constatação do pequeno valor do objeto rapinado, deverão ser avaliadas, também, as circunstâncias de caráter subjetivo do réu, para que, se for o caso, sejam aplicadas as penas relativas ao furto privilegiado, uma vez que a prática de furtos de pequeno valor não pode ser estimulada.

*No caso em exame, o acusado não faz jus à benesse do par. 2º, do art. 155, do Código Penal porque é **reincidente** (fls. 151 e 194), além de **ostentar péssimos antecedentes** (fls. 191, 195/197, 221 e 223/223), o que demonstra a maior periculosidade do furtador, que não pode ser recompensado com a pena mais branda, prevista no dispositivo legal supramencionado."*

Na hipótese, verifica-se que o paciente é reincidente específico, o que evidencia a acentuada reprovabilidade do seu comportamento, incompatível com a adoção do pretendido postulado.

Destaque-se que esta Corte Superior de Justiça já decidiu que "A reiteração no cometimento de infrações penais se reveste de relevante reprovabilidade e se mostra incompatível com a aplicação do princípio da insignificância, a demandar a atuação do Direito Penal" (HC 327.356/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015).

A propósito:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCENTE. HABITUALIDADE DELITIVA EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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.

II - Sobre o princípio da insignificância, 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.

III - O Plenário do 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).

IV - A jurisprudência assente desta Corte é no sentido de que nos casos em que o paciente é reincidente ou detém maus antecedentes, referidas circunstâncias indicam a reprovabilidade do comportamento a afastar a aplicação do princípio da insignificância.

V - Na hipótese, não se pode ter como irrelevante a conduta do agente multirreincidente, vale dizer, detentor de comportamento reiterado na prática de crimes patrimoniais.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 500.336/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 21/05/2019)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. RES FURTIVA SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO À ÉPOCA DO DELITO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que se o réu é reincidente específico, indica a reprovabilidade do comportamento apta a afastar a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

2. Na hipótese, além do réu ser contumaz na prática delitiva, consta ainda que o valor da res furtiva ultrapassa 10% do salário mínimo vigente à época do crime, não podendo ser considerado desprezível a autorizar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1763488/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)"

Dessarte, verifica-se que a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância à hipótese encontra-se devidamente justificada, não havendo ilegalidade a reparar.

Quanto ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da inaplicabilidade da compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante

da reincidência, na segunda fase da dosimetria, verifica-se que o Tribunal *a quo*, entendeu indevida a redução da pena, sob o seguinte fundamento (e-STJ fls. 73-74):

"Na segunda fase, a reincidência justifica o aumento da pena em mais 1/6, resultando em 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa, no valor mínimo legal.

Importante ressaltar que, de acordo com regra prevista no art. 67, do CP, a agravante de reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea.

Este Relator se reuniu com os integrantes da Colenda 3ª Turma Julgadora da Egrégia 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, composta pelos desembargadores Machado de Andrade, Relator, Gavião de Almeida, Revisor, e Marco Antonio, 3º Juiz, e decidiram, unanimemente, que a reincidência prepondera sobre a confissão espontânea do acusado, na dosimetria da pena.

Chegamos à esta conclusão à luz do disposto no art. 67, do Código Penal: "No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência."

Ora, como vemos acima, o próprio legislador elegeu como circunstância preponderante, entre outras, a reincidência. Consequentemente, em face de tal dispositivo legal não há qualquer dúvida de que a reincidência tem preponderância sobre a confissão espontânea do réu.

Tem razão o legislador.

Por exemplo, um criminoso com várias condenações transitadas em julgado, que já passou vários anos encarcerado, como é cediço, tem muito conhecimento de direito penal. Portanto, sabendo que o entendimento predominante é que se confessar a autoria do crime, terá sua pena reduzida, é óbvio que irá fazê-lo.

Dessa forma, tenho para mim que considerar a minorante penal da confissão para um reincidente, será uma medida injusta para aquele réu primário e de bons antecedentes.

Ou seja, seria tratar com igualdade os desiguais.

O direito, como todos sabemos, é uma ciência dinâmica que acompanha o desenvolvimento da sociedade. Assim sendo, num momento tão delicado como em que a sociedade brasileira está vivendo, com a explosão avassaladora da criminalidade, tenho a certeza, que a justiça precisa se fazer mais presente, ou seja, mais rigorosa para aqueles indivíduos que violaram o Código Penal.

Ademais, não há dúvida, que a confissão por um réu reincidente não significa que ele está arrependido do crime que cometeu (caso contrário não teria reincidido), mas sim que espera, astutamente, se beneficiar de um entendimento jurisprudencial, que lhe reduz a sanção penal.

Assim sendo, pelos motivos acima expostos, e com fundamento no art. 67 do Código Penal, não é caso de compensação da agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea."

A par dos fundamentos elencados, possível notar que o *decisum* combatido está em desconformidade com a jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que são igualmente preponderantes a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, mesmo que ela seja específica.

Nesse norte, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO AGRAVADA QUE COMPENSOU INTEGRALMENTE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. EXISTÊNCIA DE QUATRO CONDENAÇÕES ANTERIORES, SENDO QUE TRÊS DELAS FORAM UTILIZADAS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, REMANESCENDO APENAS UMA PARA EFEITO DE REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO DESVALOR DA MULTIPLICIDADE DE CONDENAÇÕES NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. ESPECIFICIDADE DA REINCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para compensar integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. 2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

3. A Terceira Seção, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do acusado que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

4. Hipótese em que o agravado possui quatro condenações anteriores, mas as instâncias ordinárias sopesaram três delas na primeira fase da dosimetria, remanescendo apenas uma condenação para efeito de reincidência.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 383.742/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe

23/02/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO INEFICAZ PARA REALIZAÇÃO DE DISPAROS. AFASTAMENTO DA MAJORANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COMPENSAÇÃO INTEGRAL. REGIME PRISIONAL. SEMIABERTO. SÚMULA 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

V - No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, datado de 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

VI - A Terceira Seção desta Corte, no recente julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

VII - Na hipótese, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, uma vez que, reconhecida a confissão, de rigor a sua compensação integral com a reincidência, mesmo específica, pois o caso não apontou nenhuma peculiaridade à agravante do art. 61, I, do CP que implicasse a necessidade de uma maior resposta penal, levando à compensação apenas parcial.

(...) Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício, para fixar a reprimenda do paciente em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa.

(HC 416.745/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018)

Desse modo, constatado o constrangimento ilegal apontado na impetração, deve ser concedida a ordem de ofício para que se proceda à compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, excluindo-se a fração de aumento em 1/6 (um sexto) da segunda fase da dosimetria, restando a **reprimenda do paciente definitiva em 7 (sete) meses de reclusão e pagamento de 5 (cinco) dias-multa.**

No que tange à pretensão de abrandamento do regime prisional, o acórdão recorrido fixou o modo inicial fechado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 75):

"O regime prisional é o fechado, nos termos do art. 33, par. 3º, do Código Penal."

Na presente hipótese, inexistente ilegalidade a ser sanada por meio da via eleita. Isso porque, ainda que a quantidade de pena finalmente irrogada seja inferior a 4

(quatro) anos de reclusão, não se pode olvidar que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal dada a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (e-STJ fl. 72), além de o paciente ser reincidente na prática delitiva (e-STJ fl. 73), fundamentos que indicam que o regime fechado mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado no caso concreto.

Nessa esteira:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CORRUPÇÃO DE MENOR E FURTO QUALIFICADO. CONCURSO FORMAL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NÃO INCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Firmou-se neste Tribunal Superior de Justiça a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal - STF.

Na hipótese dos autos, não encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal no estabelecimento do regime fechado pelo Tribunal de origem, pois, embora o quantum da pena (inferior a 4 anos) permita, em tese, a fixação do regime aberto, a existência de circunstância judicial desfavorável utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal, bem como o fato de o paciente ser reincidente, justificam a imposição de regime inicial fechado, de acordo com o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal, e em conformidade com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça. Não incidência do enunciado n. 269/STJ.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 488.649/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 23/05/2019)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos moldes do reconhecido pela Corte de origem, o ora agravante

ostentava duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos sob apuração, o que implicou aumento da pena-base pelos maus antecedentes, assim como a exasperação da reprimenda, na segunda fase, pela reincidência. Para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do writ.

2. Quanto ao meio prisional de desconto reprimenda, tratando-se de réu reincidente e que ostenta maus antecedentes, deve ser mantido o regime prisional fechado, conquanto tenha sido definida reprimenda em patamar inferior a 4 anos de reclusão.

3. O art. 44 do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente". No caso em análise, o Tribunal de origem asseverou não ser admissível a concessão do benefício, em razão das circunstâncias concretas da conduta, sem que possa inferir bis in idem ou arbitrariedade em tal conclusão.

4. Agravo desprovido.

(AgRg no HC 474.984/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

Desse modo, verifica-se que o regime inicial fechado mostra-se adequado e proporcional ao caso, não havendo o que reparar.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece do habeas corpus, concedendo-se**, contudo, **a ordem** de ofício, no termos do art. 654, § 2º, do Código Processual Penal, a fim de redimensionar a reprimenda do paciente para **7 (sete) meses de reclusão e pagamento de 5 (cinco) dias-multa**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator