

**HABEAS CORPUS Nº 521.641 - SP (2019/0205611-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RODRIGO GRUPPI CARLOS DA COSTA - SP389339  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FABIO ROGERIO LOPES (PRESO)  
**PACIENTE** : DAIANA FERNANDES (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FABIO ROGERIO LOPES e DAIANA FERNANDES no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0021260-68.2012.8.26.0405.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados como incursores nas sanções dos arts. 33, *caput*, c/c o 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, às penas de 9 (nove) anos de reclusão para FABIO ROGERIO LOPES e 5 (cinco) anos de reclusão para DAIANA FERNANDES, ambos em regime inicial fechado.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória.

Sustenta a impetrante, em breve síntese, que os pacientes fariam jus à causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo, haja vista o preenchimento dos requisitos legalmente previstos para a benesse.

Declara, ainda, a inexistência de motivação para a imposição do regime prisional fechado para o início do cumprimento das penas.

Requer, ao final, o redimensionamento das reprimendas com a fixação do regime prisional menos gravoso.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 50-51.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 53-87.

Em parecer de e-STJ fls. 91-94, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, não sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Com efeito, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fls. 68-71):

*"Na terceira fase, o Magistrado a quo aplicou o*

**benefício do redutor (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) somente para Daiana, em grau intermediário, ou seja 1/5, justificando a redução nesse patamar nos 'princípios da proporcionalidade e da suficiência, porque o desconto deixa a pena corporal no intermédio entre as mínimas da norma vigente e da revogada e desconto maior esvaziaria muito seu caráter inibitório', reduzindo-se as penas para 04 anos de reclusão, tornando-as definitivas.**

**Anoto que a ré foi beneficiada na aplicação dessa benesse, sendo assim, muito menos seria o caso de se aplicar a redução, em sua fração máxima (2/3), conforme busca a Defesa, ficando o pedido indeferido.**

**Verifica-se que uma quantidade significativa de drogas foi apreendida, observado a alta reprovabilidade da conduta da ré (remeter drogas para o interior do estabelecimento prisional), fatores que por si sós, já impediriam a concessão da redução, ressalvando que a maconha, tida como porta de entrada para o uso de outros entorpecentes de maior gravidade, já seria o suficiente para enfraquecer a rigorosa disciplina exigida dentro do presídio, uma vez que geraria discórdia, conflitos e desordem entre os detentos, a retirar cada vez mais o controle estatal dos presídios, que hoje se encontra demasiadamente fragilizado, dada a atuação de diversas facções criminosas dentro de locais tais. Por esses motivos, ausentes os requisitos ensejadores do benefício do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.**

**[...]**

**Em relação ao acusado, bem negado o benefício, uma vez que, além das circunstâncias acima narradas, respondia ele, ao azo dos fatos, por crime de homicídio, pelo qual sobreveio condenação em 30 anos de reclusão (fls. 164/165).**

**Anoto que há expressa vedação legal, negando a concessão do redutor para reincidentes e portador de maus antecedentes, não havendo que se falar, portanto, em ilegalidade ou ocorrência de “bis in idem”, porque novamente apenado pelo crime precedente, como apregoadado pela defesa. Trata-se, na verdade, de mais um instrumento a individualizar a pena, uma vez que não deve o apelante ser tratado da mesma forma que alguém que nunca teve passagem criminal.**

**E possível a utilização de processo em andamento, para negar-se o privilégio, uma vez que, comprovadamente, o acusado se dedica a atividades criminosas"**

Sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

No caso dos autos, a Corte *a quo*, corroborando o constatado pelo juiz sentenciante de que a paciente DAIANA FERNANDES se dedicava a atividades criminosas, em razão da quantidade de entorpecente apreendido - **8,8 gramas de maconha** (e-STJ fl. 65) -, manteve a aplicação da fração mínima de 1/5 (um quinto) da minorante.

Contudo, analisando o caso concreto, considerando que a quantidade da substância entorpecente apreendida não foi significativa, embora a paciente tenha **"remetido drogas para o interior do estabelecimento prisional"** (e-STJ fl. 68)", possível a incidência do redutor disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 1/2 (metade).

A propósito:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. 994G DE MACONHA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. ALTERAÇÃO DO QUANTUM. FIXADA A FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. O Legislador não delimitou parâmetros para a redução da pena pela causa de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que o quantum de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado. No caso, a fração implementada - 1/2 - foi fixada com base em fundamentação concreta, considerando, em especial, a natureza da droga e a pena fixada em outros julgados que analisaram situação semelhante.*

*2. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, não pode esta Corte proceder à alteração do referido patamar sem revolver o acervo fático-probatório, providência incabível na via do recurso especial, a teor do óbice contido no Verbete Sumular n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.*

*3. "Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, de rigor a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sendo inviável, em sede de recurso especial, afirmar que a medida não seria socialmente recomendável, de sorte a obstar a benesse, por demandar análise fático-probatória, o que é vedado pela Súmula 7/STJ" (AgRg no REsp 1.466.643/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 04/10/2017).*

*4. Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no AREsp 1394159/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ,*

SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 22/02/2019)

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/6. QUANTIDADE NÃO ELEVADA DO ENTORPECENTE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO NA METADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIA DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.*

*2. 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 um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.*

*3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes.*

*Precedentes.*

*4. Hipótese em que, embora o Tribunal a quo tenha se valido da quantidade da droga - 100 papérolas de maconha (186,2g) - para fixar o patamar de redução em 1/6, à míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente e certificada a primariedade do réu, mostra-se adequada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, atento ao disposto no art. 42 da referida lei. Precedentes.*

*5. Embora o acusado seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantia da substância apreendida, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*

*6. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da*

*pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da quantidade da droga apreendida (art. 44, III, do CP).*

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão mais 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto.*

*(HC 462.188/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 13/11/2018)*

Assim, a fim de proceder à nova dosimetria, deve-se atentar que, na origem, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, não sofrendo também qualquer variação na segunda etapa.

Na terceira fase, mantém-se a aplicação da fração de 1/5 (um quinto) pela presença da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, restando a sanção final em 6 (seis) anos de reclusão. Por fim, incidindo o redutor na fração de 1/2 (metade), resulta a reprimenda definitiva em **3 (três) anos de reclusão**.

Por outro lado, em relação ao paciente FABIO ROGERIO LOPES, incabível a aplicação da benesse.

Isto porque, segundo entendimento perfilhado por esta Corte Superior, na hipótese em que o réu ostente condenação diversa, mesmo que inapta para a configuração da reincidência ou dos maus antecedentes, poderá ser negada ao acusado a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, se evidenciar a dedicação do agente a atividades criminosas.

Com efeito, em julgado semelhante assentou-se no âmbito deste Tribunal que *"é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06"* (EREsp n. 1.431.091/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 1/2/2017).

Na mesma linha:

*AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, POR ENTENDER QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVER TAL ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS INFORMANDO QUE O RÉU EXERCE A ATIVIDADE DE TRAFICANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Apesar de o réu ser primário e possuir bons antecedentes, a jurisprudência aceita que a dedicação a atividades criminosas ou a integração a organizações criminosas sejam aferidas por outros meios, como por exemplo: a apreensão de substancial quantidade de droga atrelada a petrechos; a existência de inquéritos policiais e ações*

*penais em andamento; ou, até mesmo, em razão de notícias anônimas e depoimentos de policiais em juízo informando que o réu é amplamente conhecido por exercer a atividade de traficante na região, como é o caso dos autos.*

*2. Ademais, modificar o entendimento do Tribunal de origem para reconhecer que o agravante não se dedica à prática de atividades criminosas e, com isso, preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos.*

*3. Cabe ao Juiz da execução aferir acerca da assistência judiciária gratuita. Precedentes.*

*4. Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no AREsp 1368267/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 02/04/2019)"*

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA.*

*PROCESSOS EM CURSO. REGIME PRISIONAL. MODO SEMIABERTO PARA O RÉU JOÃO ELIAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. READEQUAÇÃO DO REGIME DO RÉU LUCAS. REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.*

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

*2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva.*

*3. Quanto ao réu João Elias, embora seja primário e a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, em decorrência da valoração negativa da quantidade e qualidade das drogas apreendidas (140g de maconha, acondicionadas em 163 invólucros plásticos, 69g de crack, acondicionadas em 2 invólucros plásticos e 137,40g de cocaína, acondicionadas em 143 invólucros plásticos), na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, §*

# *Superior Tribunal de Justiça*

4º, da Lei n. 11.343/2006. 4. Em relação ao recorrido LUCAS, provido o recurso especial da acusação e aplicada a pena final em 5 anos de reclusão, em razão do afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser mantido o regime semiaberto, sob pena de reformatio in pejus.

5. Agravo regimental parcialmente provido, apenas, para fixar ao réu LUCAS HENRIQUE ALVES DOS SANTOS o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(AgRg no AREsp 1281319/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)"

Quanto ao regime inicial, verifica-se que o Colegiado fixou o fechado, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 73-74):

*"E o regime inicial de cumprimento escolhido fechado, era o único cabível na hipótese ainda que não fosse pelo quantum das penas e lembradas a reprovabilidade da conduta e a hediondez do crime (Lei nº 11.464/2007). Outro nem seria recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.*

*Embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos (HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14.6.2012), importa consignar que tal declaração deu-se incidentalmente, sem efeito erga omnes. E em verdade, o que lá se decidiu foi que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no artigo 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.*

*Anoto, outrossim, que reconhecimento da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 (concedida a Daiana), não afasta o caráter hediondo do delito, uma vez que o legislador não fez qualquer diferenciação nesse sentido, restando de qualquer forma configurado o crime de tráfico de entorpecentes, equiparado a hediondo.*

*Nesse sentido a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça: Apelação Criminal nº 0001088-19.2017.8.26.0571, Rel. Ivan Sartori, 4ª Câmara Criminal, j. 27.11.2018; e Embargos de Declaração nº 0007373-78.2014.8.26.0362/50000, Rel. Marcos Correa, 6ª Câmara, j. 06.10.2016.*

*Não se olvida que o Supremo Tribunal Federal proferiu recente decisão afastando o caráter hediondo da figura*

*privilegiada do crime de tráfico de entorpecentes, no julgamento do Habeas Corpus nº 118.533/MS.*

*Todavia, a referida decisão não possui efeito vinculante, vez que se deu de forma incidental, observando-se as peculiaridades do caso concreto analisado, não se revestindo, no mais, de efeito erga omnes, de forma que, respeitado o entendimento, não há de ser aplicada ao caso em tela."*

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial fechado considerou apenas a gravidade em abstrato do delito e sua hediondez, fundamentos que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, são insuficientes à determinação de sistema prisional mais gravoso.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

*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.*

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, 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.*

Nesse norte, os seguintes julgados:

*"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO EM 1º INSTÂNCIA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. CONDENAÇÃO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 155 DO CPP.*

*NÃO CONFIGURAÇÃO. ELEMENTOS OBTIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL, CORROBORADOS PELA PROVA JUDICIALIZADA. VALIDADE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS). POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO*



CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PELA DEFESA. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS AINDA NÃO EXAURIDAS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

V - Na hipótese, denota-se que a pena foi exasperada na fração de 3/8 (três oitavos) com base na gravidade concreta do delito perpetrado pelo paciente, pois houve a participação de três agentes, com emprego de arma, o que certamente acentua o potencial vulnerante e expõe a um risco maior a integridade física da vítima, restando, assim, devidamente justificado o patamar fixado pelas instâncias ordinárias.

VI - Quanto à fixação do regime fechado para início de cumprimento de pena, verifica-se que foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

VII - Desse modo, sendo o réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

VIII - Está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.

IX - Na hipótese, contudo, não foram exauridas as vias recursais ordinárias, diante da oposição de embargos declaratórios pela Defesa, pendentes de julgamento, fato que impede, por enquanto, a aplicação do precedente fixado pelo STF.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto, para o início de resgate da pena do paciente, e para suspender os efeitos da execução provisória até o esgotamento das vias recursais ordinárias, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 490.914/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 03/04/2019)"

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME

*SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*2. É pacífica nesta Corte Superior 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. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e ns. 718 e 719 da Súmula do STF.*

*3. A mera referência genérica, pelo Tribunal a quo, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, inerentes ao próprio tipo penal, não constitui motivação idônea para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, conforme entendimento desta Corte. Precedentes.*

*4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade dos pacientes, sendo imposta 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 CP.*

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento inicial da pena dos pacientes.*

*(HC 469.398/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)"*

Assim, fixada a reprimenda da paciente DAIANA FERNANDES abaixo de 4 (quatro) anos de reclusão e, considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo **aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do CP.

Por outro lado, quanto ao paciente FABIO ROGERIO LOPES, afastando-se o fundamento em que o Tribunal de origem se embasou para manter o regime inicial fechado, qual seja, a gravidade abstrata do crime, nota-se que o modo mais gravoso se mantém dada a presença de circunstância judicial desfavorável (e-STJ fl. 67), na primeira fase da dosimetria da pena.

A propósito:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO.*

*DOSIMETRIA. REGIME FECHADO. JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.*

*[...]*

*II - Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do quantum da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*mesmo diploma legal.*

*III - Na hipótese, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, eis que o paciente detém circunstância judicial desfavorável, a qual se restou bem fundamentada pelas instâncias de origem, ante a culpabilidade exacerbada do agravante, o qual efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, sendo justificável, destarte, a imposição do regime mais gravoso sequente, qual seja, o fechado, no termos do art. 33, parágrafo 3º do Código Penal. Precedentes.*

*Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no HC 506.188/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/5/2019, DJe 04/06/2019)*

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se**, contudo, a ordem de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para redimensionar a reprimenda da paciente DAIANA FERNANDES para **3 (três) anos de reclusão**, em regime inicial aberto, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi  
Relator