HABEAS CORPUS Nº 494.028 - SP (2019/0046423-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUCAS SOARES E SILVA - MS021528
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CLEUFAS ADRIANO TROMBETA DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CLEUFAS ADRIANO TROMBETA DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0007531-59.2016.8.26.0073.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e artigo 12 da Lei n. 10.826/03, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão e 1 (um) ano de detenção, em regime inicial semiaberto.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao recurso ministerial, a fim de fixar o regime prisional fechado para início do cumprimento da pena.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que diante do ausência de elementos que demonstrem a dedicação e a habitualidade na prática delitiva, deveria ser aplicada a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Afirma que não houve fundamentação idônea na escolha do regime prisional mais gravoso, tendo sido considerada apenas a gravidade em abstrato do delito, em dissonância com o entendimento preconizado nos Enunciados Sumulares 718 e 719 da Suprema Corte e 440/STJ.

Requer a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional para que seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, com o estabelecimento de regime prisional menos rigoroso.

É o relatório.

A princípio, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem em sede de apelação, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

O pleito formulado na impetração, entretanto, é dotado de plausibilidade jurídica, circunstância que autoriza a atuação *ex officio* desta Corte Superior de Justiça.

Com efeito, estabelecida a pena-base no mínimo legal, a fixação do regime fechado com base na gravidade abstrata do delito não encontra respaldo na jurisprudência das Cortes Superiores.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA*

UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO PARA 1/3. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. SÚMULAS 440/STJ, 718/STF e 719/STF. AGRAVO IMPROVIDO.
- Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".
- Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.
- Os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça refutam a imposição do regime mais gravoso que aquele previsto em lei em razão do quantum de pena, quando fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito.
*- **No caso do autos, fixada a pena-base no mínimo legal, a determinação de regime inicial mais gravoso não estava lastreada em fundamentação concreta e idônea, a atrair ao caso a incidência dos referidos enunciados de Súmula e a aplicação do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.***
- Agravo regimental não provido.
(AgRg no HC 472.221/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 13/12/2018)"

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO, CAUSAS DE AUMENTO E CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. ILEGALIDADE. ADEQUAÇÃO AO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.os 440/STJ, 718/STF E 719/STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.
*1. **Fixada a pena-base no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir regime prisional mais gravoso. Precedentes. Entendimento sedimentado nos Verbetes Sumulares n.os 440/STJ, 718/STF e 719/STF.***
2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "condenações criminais não transitadas em julgado não são passíveis de valoração gravosa com o intuito de firmar regime inicial mais gravoso" (AgRg no HC 428.694/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018).
3. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação do Paciente, fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.
(HC 455.731/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 07/11/2018)"

Por outro lado, quanto a pretendida aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, tenho que o pedido será analisado por ocasião do julgamento do mérito da impetração.

Ante o exposto, **defere-se** a liminar para determinar que o paciente aguarde no regime semiaberto o julgamento do mérito da impetração, sem prejuízo da sua colocação em modo mais gravoso por causa idônea superveniente.

Solicitem-se informações ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator