HABEAS CORPUS Nº 514.322 - SC (2019/0163070-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
		THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	WILSON DE MATTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de WILSON DE MATTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Revisão Criminal n. 4025327-06.2018.8.24.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso da defesa a fim de redimensionar a reprimenda para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não houve fundamentação idônea na manutenção do regime prisional fechado.

Afirma que o paciente possui direito a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer liminarmente a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento da presente ordem. E, no mérito, a fixação do regime prisional aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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 substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, 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 aberto 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. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator