HABEAS CORPUS Nº 502.024 - SP (2019/0093226-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CAMILA UNGAR JOÃO - SP315527
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUIZ ALBERTO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LUIZ ALBERTO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0010582-16.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo singular, às penas de 4 anos de reclusão, em regime fechado, e 10 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (fls. 23/32).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, conforme acórdão de fls. 63/71.

A impetrante sustenta, no presente *writ*, a ocorrência de constrangimento ilegal, decorrente do não reconhecimento do delito na forma tentada, pois *a inversão da posse, necessária para consumação do delito de roubo (Súmula 582 do STJ), somente ocorre quando o possuidor tem a possibilidade de usar, gozar, usufruir e dispor do bem subtraído de forma livre, o que não se verificou no caso em tela* (fls. 4/5).

Insurge-se, ainda, contra a aplicação do regime inicial fechado, ante a ausência de fundamentação concreta para a imposição do regime mais rigoroso que o previsto para o patamar de pena (4 anos de reclusão), a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a primariedade do paciente. Sustenta incidirem ao caso os enunciados 718 e 719 da Súmula do STF.

Diante disso, requer, liminarmente, a fixação de regime inicial

mais brando e, no mérito, o reconhecimento da forma tentada do delito, de forma a diminuir a pena na fração máxima, com a confirmação do pedido liminar.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias fundadas na gravidade abstrata do delito.

Na espécie, o paciente, primário, teve a pena-base fixada no mínimo legal, ficando, ao final, estabelecida em 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, o qual foi determinado sem fundamentação concreta, conforme se lê da sentença, às fls. 41/42, e do acórdão, às fls. 69/70.

Seguindo o entendimento desta Corte, a mera referência genérica, pelo Tribunal *a quo*, à violência empregada no delito de roubo não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, uma vez que se trata de situação prevista no próprio tipo penal.

Aplica-se ao caso, assim, o enunciado 440 da Súmula desta Corte: *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*.

Ante o exposto, **defiro** a liminar para assegurar ao paciente o direito de aguardar no regime aberto o julgamento desta impetração.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes o inteiro teor da presente decisão e solicitando-lhes informações.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator