

HABEAS CORPUS Nº 496.079 - SP (2019/0060777-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS VALENCIO DA SILVA SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **MATHEUS VALENCIO DA SILVA SANTOS** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 08 (oito) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 10-15, com a seguinte ementa:

"1. Apelação Criminal - Roubo qualificado tentado, praticado em estabelecimento comercial. 2. Materialidade delitiva e autoria, não impugnadas, demonstradas pelo auto de prisão em flagrante, auto de apreensão da res furtiva e e do simulacro de arma de fogo, auto de restituição do dinheiro à vítima e prova oral. 3. Redução pela tentativa - Fração utilizada que mais se aproxima do iter criminis percorrido. 4. Regime prisional semiaberto estabelecido que não comporta alteração, à vista das circunstâncias do crime e da personalidade do acusado - Inaplicabilidade do artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, no caso dos autos. 5. Recurso desprovido."

No presente **writ**, o impetrante alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para readequar o regime inicial de cumprimento da pena (fls. 3-6).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 19-20).

As informações foram prestadas às fls. 25-36.

O Ministério Público Federal, às fls. 38-42, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO QUALIFICADO E TENTADO. CONCURSO DE PESSOAS. SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte também definiu que o regime prisional não está condicionado, de forma absoluta, à quantidade de pena aplicada, uma vez que se deve dar relevo aos demais elementos concretos do delito. - Diante disso, não se verifica constrangimento ilegal na fixação do regime inicial mais gravoso em razão da gravidade concreta do crime, o que foi destacado pelo Tribunal a quo, ao enfatizar o modus operandi do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo. (HC 408.858/SP, Rei. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018). 2. Pelo não conhecimento do writ e, se conhecido, quanto ao mérito, que seja denegada a ordem."

É o relatório.

Decido.

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 do ato, salvo os casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

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 mesmo diploma legal.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

"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."

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**:

"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."

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Na hipótese, o Tribunal de origem bem fundamentou a fixação do regime semiaberto, em razão de que o paciente *praticou tentativa de roubo em comparsaria, com exibição de simulacro de arma de fogo, sem qualquer máscara ou artificio que lhe ocultasse a identidade, em estabelecimento comercial aberto ao público, durante o dia, o que demonstra destemor e ousadia acentuados, circunstâncias que justificam o recrudesimento do regime inicial de cumprimento de pena.*

Assim, considerando o **quantum** de pena estabelecido e a **fundamentação concreta levada a efeito pelo Tribunal de origem**, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o semiaberto, mostra-se adequado ao caso, nos termos do artigo 33, parágrafo 3º do Código Penal.

Nesse sentido:

"REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, estabelecida a sanção em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela expressiva quantidade de droga que motivou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, é justificável a imposição do modo prisional fechado.

3. Agravo improvido." (AgRg no AgRg no AREsp 1210932/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 15/06/2018).

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

P. e I.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator