HABEAS CORPUS Nº 497.482 - SP (2019/0067074-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	THIAGO PIRES PEREIRA
ADVOGADO	:	THIAGO PIRES PEREIRA - SP164597
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANIEL DOS SANTOS TAVARES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de DANIEL DOS SANTOS TAVARES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 15 da Lei n. 10.826/03 (disparo de arma de fogo).

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa.

No presente *mandamus*, o impetrante requer a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação do regime aberto, sob o argumento de que a sentença não possui fundamentação idônea nesses pontos. Em liminar, busca a suspensão do acórdão impugnado.

Indeferido o pedido liminar conforme decisão de fls. 235/236. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 240/245).

É o relatório.

Decido.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, o presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição ao recurso próprio (cf.: HC 358.398/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

Embora seja possível a concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, essa não é a hipótese dos autos.

Isso porque a pena-base foi aumentada de forma fundamentada, em 1/6 em razão dos antecedentes criminais do paciente, nos termos do art. 59 do Código Penal, conforme se verifica dos excertos do aresto hostilizado a seguir transcritos, *litteris*:

"[...]

A pena-base foi corretamente fixada acima do patamar mínimo, com fundamento no artigo 59 do Código Penal, sob a rubrica dos maus antecedentes, comprovados pela Folha de Antecedentes (fls.39/42), especificamente pela Execução n° 02 a qual demonstra condenação definitiva pelo crime de lesão corporal leve no âmbito da violência doméstica. O brando patamar de aumento aplicado (1/6 - um sexto) fica mantido porque ausente recurso do Ministério Público para aplicação de aumento proporcional"

É firme nesta Corte o entendimento de que a *exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos* (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 09/06/2016).

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO MAJORADO. TESE DE NULIDADE DO FEITO EM RAZÃO DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS E DO INTERROGATÓRIO TEREM SIDO REALIZADOS POR VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE. FUNDAMENTO CONCRETO. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TERCEIRA FASE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. IMPROCEDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. DUAS MAJORANTES. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Inexiste um critério puramente aritmético na primeira fase da dosimetria, cabendo ao julgador, a quem a lei confere certo grau de discricionariedade, sopesar cada circunstância judicial desfavorável à luz da proporcionalidade, consoante seu prudente arbítrio.

Ademais, o aumento de 1 ano não se mostra desarrazoado ou excessivo, sobretudo considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito imputado - art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal -, que prevê pena reclusiva de 4 a 10 anos.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reduzir as penas de Robson Pincer Anastacio a 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 10 dias-multa, de Renato Antonio da Silva a 5 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão e 12 dias-multa e de Francisco Earlys Alves de Paiva a 4 anos, 4 meses e 13 dias de reclusão, além de 8 dias-multa (HC 186.567/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA

TURMA, DJe 05/02/2016)

Vale salientar, ainda, que *a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetor desfavorável, em situações nas quais não há fundamentação específica que justifique a necessidade de elevação superior a esse patamar* (REsp 1741828/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018); estando, assim, o Tribunal de origem em consonância com o firme entendimento desta Corte Superior de Justiça.

De outro lado, o regime de início de cumprimento de pena foi agravado para o semiaberto em decorrência da reincidência, conforme o art. 33 do Código Penal. Na esteira do parecer ministerial da lavra do douto Subprocurador-Geral da República JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA, o qual adoto como razões de decidir, na hipótese, em verdade, beneficiado o réu no ponto já que *"sendo reincidente e tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal ensejaria um regime prisional mais gravoso - fechado - em uma leitura a contrario sensu da Súmula n. 269/STJ, nada obstante a pena corporal ter sido estabelecida em quantidade inferior a 4 anos de reclusão*" (fl. 244).

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator