

HABEAS CORPUS Nº 535.561 - SP (2019/0287534-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO CÉSAR JERONYMO - SP235675
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL AIRTON DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GABRIEL AIRTON DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 1501221-34.2018.8.26.0544.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo Juízo de 1º grau, às penas de 2 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 5 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, c/c o art. 14, II, do Código Penal (fls. 20/27).

Interposta apelação pela defesa, a Corte estadual proveu parcialmente o recurso para conceder ao acusado a suspensão condicional da pena (fls. 33/38). O acórdão foi assim ementado:

Apelação Criminal ROUBO SIMPLES. Conjunto acusatório suficiente para manter a condenação.

Declarações da vítima. Não havendo motivo concreto para infirmar tais provas, necessária a manutenção da condenação. Versão defensiva insuficiente para rechaçar a tese acusatória em sentido contrário. Pena.

Alteração. Parcial provimento ao apelo.

Na presente oportunidade, a impetrante aponta constrangimento ilegal pela manutenção do regime inicial semiaberto, em desacordo com o entendimento firmado no enunciado n. 440 desta Corte e nos enunciados n. 718 e

719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, porquanto a pena-base foi aplicada no mínimo legal, o paciente é primário e não foi apresentada fundamentação concreta para a aplicação de regime inicial mais gravoso do que a pena comporta.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação do regime inicial aberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 41/42).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 48/55), nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. REGIME INICIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 440/STJ. INAPLICABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA.

1. O habeas corpus, quando utilizado como substituto de recursos próprios, não deve ser conhecido, somente se justificando a concessão da ordem de ofício quando flagrante a ilegalidade apontada.

2. O regime inicial mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada na forma de execução da ação criminosa, cometida mediante agressão à vítima e grave ameaça exercida com simulação de arma de fogo.

3. Parecer pelo não conhecimento do writ.

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.

Definiu a jurisprudência desta Corte que, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária a apresentação de fundamentação específica, com base em elementos

concretos extraídos dos autos, consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, confirmam-se as Súmulas n. 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.

No caso dos autos, embora a pena do paciente tenha sido fixada em 2 anos de reclusão, as instâncias locais justificaram o regime intermediário com base na seguinte motivação (e-STJ fl. 37):

[...]

O regime prisional semiaberto é o mais condizente com a situação fática que envolveu, inclusive, agressão à vítima, o que exige maior rigor punitivo.

[...]

Infere-se, portanto, que, a despeito de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, o regime inicial fechado foi aplicado de forma idônea, em razão da gravidade concreta do crime. O Tribunal *a quo* enfatizou o *modus operandi* do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo, tendo em vista a existência de agressão física contra a vítima.

Diante disso, não se verifica qualquer constrangimento ilegal na fixação de regime inicial mais gravoso na hipótese, tendo em vista ser idônea a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias, baseada na gravidade concreta da conduta praticada pelo paciente.

Para corroborar o referido entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO

CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO. REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. EXCESSIVA VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA A VÍTIMA. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na hipótese, o Colegiado a quo concluiu de modo fundamentado quanto à necessidade do regime inicial semiaberto, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, considerando as circunstâncias em que foi perpetrado - mediante excessiva agressão física contra a vítima - reveladora da periculosidade do envolvido, não havendo ilegalidade na manutenção do modo mais gravoso de execução.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 346.757/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE. ART. 157, § 3º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. PERICULOSIDADE SOCIAL DOS AGENTES.

1. Dispõe a Súmula 440 desta Corte Superior: "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."

2. No caso, as instâncias ordinárias justificaram a necessidade do regime mais gravoso com base em elementos concretos,

notadamente no modus operandi do crime de roubo, visto que praticado em concurso de agentes e mediante disparo de arma de fogo contra um taxista de 61 anos de idade, sendo a vítima alvejada com um tiro na perna e, logo após a subtração do seu instrumento de trabalho, restou abandonada, à própria sorte, em um canavial.

3. É certo que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao recorrente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Entretanto, o Juiz sentenciante, ao estabelecer o regime fechado para o início do cumprimento da pena, ressaltou a gravidade dos ferimentos causados na vítima, bem como a periculosidade social dos agentes.

4. Ora, o emprego de arma de fogo na prática delitiva denota não só maior periculosidade do agente mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima, sendo tal gravidade tão manifesta, que não se requerem maiores explicações para descrever o óbvio.

5. De ressaltar que "o comando legal do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal não determina que o regime inicial tenha por baliza a pena-base fixada, e sim que o magistrado deva fundamentar sua sentença apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59 do mesmo Estatuto" (HC 295232/RJ, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, DJe 09/03/2015).

6. Recurso especial não provido (REsp 1501738/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 18/08/2015). (grifei)

Ante todo o exposto, ausente qualquer constrangimento ilegal, com base no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator