

HABEAS CORPUS Nº 536.208 - SP (2019/0290917-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO GRUPPI CARLOS DA COSTA - SP389339
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX RODRIGUES NOGUEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEX RODRIGUES NOGUEIRA, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, *caput*, do CP, em tentativa, à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 6 dias-multa.

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou-lhe provimento.

Daí o presente *writ*, em que a impetrante sustenta, em síntese, a ausência de fundamentação idônea para fixar regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que o legalmente previsto, bem como para deixar de aplicar a redutora referente à tentativa em seu patamar máximo, ou seja 2/3.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja reconhecida a tentativa em seu patamar máximo e fixado o regime aberto para o início de cumprimento da pena.

A liminar foi deferida e as informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, quanto ao *quantum* redutor pela tentativa, o TJSP, ao manter a sentença, assim dispôs:

Na derradeira etapa, entendeu o magistrado de primeiro grau diminuir a pena do acusado em 1/3, o que o fez com acerto.

Anote-se que o quantum aplicado em relação à tentativa foi o inadequado ao caso concreto, eis que, como é sabido, a diminuição a ser operada é sempre na proporção inversa do iter criminis percorrido, ou seja, quanto mais o agente for flagrado no início da persecução penal, maior será o redutor a ser aplicado. [...]

E, como se pode observar, o iter criminis foi percorrido em quase sua integralidade, sendo certo que o apelante subiu no coletivo, foi até o motorista,

lhe mostrou a faca, e quando ia pegar o dinheiro, o cobrador gritou, o que o fez fugir e logo depois ser detido por policiais.

Portanto, inviável a diminuição pela tentativa no patamar máximo, porque muito próximo da consumação do delito

Assim, fixado o patamar de 1/3, dada a quase integralidade do percurso do *iter criminis*, denota-se que o pleito de sua alteração esbarra na natureza específica do remédio heróico de tutela do direito de locomoção contra coação ou abuso de poder, demonstrado de plano e, por isso mesmo, resta vedada a dilação probatória.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. TENTATIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CASO CONCRETO. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias fundamentaram, com base nas circunstâncias do caso concreto, a redução de pena no patamar de 1/3, tendo em vista o iter criminis percorrido pelo agente. 2. Para alteração do entendimento a respeito da maior ou da menor proximidade da consumação do crime, adotado nas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em habeas corpus.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 370.282/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

Por outro lado, o Tribunal de origem manteve o regime fechado pelos seguintes fundamentos:

Por fim, foi **fixado o regime inicial fechado**.

Com efeito, o réu demonstrou com sua conduta alto grau periculosidade, uma vez que, **invadiu um coletivo, em plena luz do dia, com inúmeros passageiros, munido de uma faca de cozinha**, o que demonstra ousadia, sendo pessoa inapta para retornar, em breve tempo, ao convívio social, sendo necessária a adoção de regime mais rigoroso.

Assim, apesar da primariedade do acusado e a pena-base fixada no mínimo legal, o regime inicial fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito de roubo, tendo em vista que o legislador, ao criar o parágrafo 3º, do artigo 33, do Código Penal, deixou ao Juiz espaço para, dentro da realidade vigente, dosar a pena e fixar o regime de cumprimento de forma que possam ser suficientes para a reprovação e prevenção do crime, pois caso contrário tal parágrafo não existiria.

Além disso, o roubo é crime cuja gravidade não se discute, que vem nos dias que correm causando grande inquietação na sociedade em geral, hoje até mesmo em cidades de menor porte, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes, tudo, enfim, a exigir regime prisional mais severo.

Portanto, a fixação do regime inicial semiaberto no presente caso não ofende as Súmulas 718 e 719, ambas do Colendo Supremo Tribunal Federal e Súmula 440 do STJ, sendo inviável a fixação de regime inicial aberto.

Sendo a pena-base fixada no mínimo legal e restando definitivamente estabelecida em patamar inferior a oito anos (2 anos e 8 meses), a definição de regime penal mais gravoso exigiria concreta motivação, a tanto não servindo argumentos de gravidade abstrata do delito, a presença de majorantes ou dos genéricos efeitos sociais da criminalidade:

Súmula 440: "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".

Súmula 718/STF: "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".

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Dessa maneira, o fato de o agente ter invadido *um coletivo, em plena luz do dia, com inúmeros passageiros, munido de uma faca de cozinha*, embora não abstrato, permite o agravamento ao regime intermediário, tendo em vista o *quantum* final da pena aplicada. A propósito:

PROCESSO PENAL. PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MOTIVADO NO *MODUS OPERANDI* EMPREGADO. POSSIBILIDADE. CONDENADO À PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. RÉUS PRIMÁRIOS. REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS IMPROVIDOS.

1. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena (HC 331.132/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017).

2. Considerando que, embora fixada a pena no mínimo legal, foi estabelecido regime mais gravoso em razão do *modus operandi* empregado, que transborda ao normal do tipo, mediante lesões praticadas contra a vítima idosa, tendo, inclusive, gerado cicatrizes, fato que constitui fundamento idôneo ao recrudescimento do regime.

3. Embora válido o fundamento para o agravamento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, aos réus primários,

condenados a pena reclusiva não superior a 4 anos cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, devendo ser mantido o regime semiaberto. Precedentes.

4. Agravos regimentais improvidos (AgRg no AREsp 1128333/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018)

Não se tendo no tema, com a clara motivação deficiente, divergência na Sexta Turma do Tribunal, desde logo reconheço a ilegalidade argüida.

Ante o exposto, concedo a ordem apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro NEFI CORDEIRO
Relator