

**HABEAS CORPUS Nº 543.278 - SP (2019/0328436-1)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**TALES PATAIAS RAMOS - SP310258**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : BRUNO LUIS FREIRE (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

**BRUNO LUIS FREIRE** alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* na Apelação n. 0008579-38.2015.8.26.0348.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Pleiteia a defesa, neste *writ*, o afastamento do concurso de agentes, a incidência da redução pela tentativa na fração máxima, a imposição de regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda e, por fim, concessão do sursis penal.

Indeferida a liminar (fls. 42-43) e dispensada as informações, veio parecer do Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento do habeas corpus (fls. 47-54).

**Decido.**

Em relação ao concurso de agentes, a Corte estadual entendeu devidamente comprovada a sua incidência, "porquanto a prova oral coligida, especialmente as palavras da vítima, ao assinalar terem sido dois os agentes envolvidos na prática delitiva, tendo o réu a abordado, enquanto o outro indivíduo investiu contra a sua colega, a qual também atestou a presença de dois indivíduos" (fl. 26).

Assim, constato que as instâncias ordinárias, após minuciosa análise do acervo fático-probatório carreado aos autos,

concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a comprovação da referida majorante, notadamente diante da prova oral colhida.

Portanto, para alterar tal conclusão, como pugna o recurso especial, seria necessária a dilação probatória, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.

Em relação à diminuição pela tentativa, a Corte estadual manteve a fração de 1/3, porque "o réu investiu contra a vítima, pelas costas, exigindo a entrega do celular, somente não consumando a infração diante da ação de populares presentes no sítio delitivo". Acrescentou, ainda, que "o acusado percorreu grande parte do 'iter criminis'" (fl. 28).

Dessa forma, as instâncias antecedentes entenderam como adequada a redução da reprimenda na fração de 1/3, embasada pelo *iter criminis* percorrido pelos agentes – critério adotado por este Tribunal Superior.

Ademais, a alteração do entendimento a respeito da maior ou da menor proximidade da consumação do crime, adotado nas instâncias ordinárias, dependeria do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em habeas corpus.

Nesse sentido:

1. Verificado que o *quantum* fixado, em razão da prática do delito de homicídio na modalidade tentada, foi fundamentado no *iter criminis* percorrido pelo agente, inviável a alteração da fração de redução, porquanto demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via eleita.

[...]

(AgRg no HC n. 355.547/BA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 7/4/2017)

O Juiz de primeiro grau, no que foi corroborado pelo Tribunal *a quo*, fixou o regime semiaberto para início do cumprimento da pena, "pois, apesar de a pena ser inferior a 4 anos e o réu não é reincidente, **a sua conduta foi extremamente reprovável, inclusive tendo entrado em luta corporal com a vítima**" (fl. 21, grifei).

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o aberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

No caso, em que pese a concretude da justificativa adotada pelas instâncias anteriores, entendo que não foi descrita uma situação de violência exacerbada que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do regime semiaberto. O fundamento adotado, portanto, deve ser considerado um ato inerente à conduta, que não extrapola a violência contida nas elementares do crime de roubo.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado nas Súmulas n. 440 do STJ, 718 e 719 do STF.

Ilustrativamente, *mutatis mutandis*:

[...]

REGIME INICIAL SEMIABERTO. AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO MODO ABERTO DE EXECUÇÃO.

Tratando-se de réus primários, cujas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal foram consideradas integralmente favoráveis, impõe-se a fixação do modo aberto para o resgate da pena corporal. Precedente.

[...]

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir da pena imposta aos pacientes para 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial

# *Superior Tribunal de Justiça*

aberto, mais pagamento de 15 (quinze) dias-multa.  
(HC n. 363.021/SP, Rel. Ministro **JORGE MUSSI**, 5ª T.,  
DJe 25/8/2017)

Assim sendo, o paciente primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado à **3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão**, deve cumprir a pena em regime inicial **aberto**, a teor do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do CP.

A pretendida suspensão condicional da pena, no entanto, não deve ser concedida, "posto que não cumprida a exigência prevista no art. 77, caput, do Cód. Penal" (fl. 30), como bem registrou a Corte estadual.

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, apenas para fixar o **regime aberto ao paciente**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator