HABEAS CORPUS Nº 558.186 - SP (2020/0013619-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	MARCIO BARBOSA LOURENCO
ADVOGADO	:	MARCIO BARBOSA LOURENÇO - SP404816
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DEIVID RODRIGUES NUNES
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de DEIVID RODRIGUES NUNES, condenado definitivamente a 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, como incurso no art. 171, *caput*, c.c art. 14, II, ambos do Código Penal (estelionato tentado).

O impetrante impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento à apelação da acusação (n. 0000781-15.2018.8.26.0544), agravando para o semiaberto o regime prisional inicial do ora paciente.

Alega, em suma, que o Tribunal *a quo* fixou o referido regime sem observar o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, ou seja, sem descontar o tempo de prisão provisória. Aduz, também, que não houve fundamentação idônea para a aplicação da minorante da tentativa (art. 14, II, do Código Penal) em seu patamar mínimo.

Requer, assim, que seja realizada a detração, para fins de abrandamento do regime inicial, e a redução da pena.

O pedido de liminar foi indeferido.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 71/75).

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 874F20E3-53C5-4647-AF31-E005B3FEC2E1

De início, quanto ao pleito por ampliação da fração decorrente da causa geral de diminuição de pena prevista no art. 14, II, do Código Penal, verifica-se que o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre o tema. Assim, a sua análise, diretamente por esta Corte, acarreta indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO. VULNERÁVEL. TENTATIVA. 1) AUTORIA. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO NA VIA ELEITA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 2) DOSIMETRIA. REFAZIMENTO. 2.1) MONTANTE DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. CONDUTA SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. 2.2) REDUÇÃO PELO CRIME TENTADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3) REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> ***- Não demonstrado que o Tribunal de origem analisou os argumentos da defesa ora apresentados neste Tribunal de Justiça sobre a fração de redução pela tentativa, fica inviável a análise requerida de refazimento da dosimetria, sob pena de indevida supressão de instância.***
>
> *- Nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal - CP, considerando a pena aplicada, superior a 4 anos e a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, fica perfeitamente justificado o regime prisional fechado, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda imposta ao paciente.* (HC 297.132/PE, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015)

No mais, destaca-se que a jurisprudência desta Corte possui o entendimento pacífico de que a presença da circunstância agravante da reincidência gera o agravamento do regime.

Na hipótese, conforme consta do acórdão impugnado (fl. 32), o regime

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 874F20E3-53C5-4647-AF31-E005B3FEC2E1

semiaberto foi fixado em razão da reincidência do paciente. Sendo assim, mostra-se inócua, para fins de escolha do regime inicial, a discussão acerca da detração do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal).

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. RÉU REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA IGUAL A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> ***- Na hipótese, torna-se irrelevante o aproveitamento do tempo de pena cumprida em caráter provisório, em observância ao art. 387, § 2º, do CPP, porquanto a pena da paciente, inferior a 4 anos, está entre as balizas previstas no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, sendo que o regime semiaberto, imediatamente mais gravoso, está pautado em fundamentação própria, tendo em vista a reincidência, o que transcende o quantum de pena aplicada, sendo irrelevante a aplicação do instituto da detração.***
>
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento de pena, devendo a prisão provisória da paciente ser compatibilizada com o referido regime.* (HC 435.885/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 12/04/2018)

Por outro lado, a consideração desse período para fins de progressão de regime deve ser feita pelo Juízo da Execução Penal, uma vez que tal benefício depende também do preenchimento do regime subjetivo.

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

Fica prejudicado o pedido de reconsideração de fl. 79.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 874F20E3-53C5-4647-AF31-E005B3FEC2E1

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 874F20E3-53C5-4647-AF31-E005B3FEC2E1