HABEAS CORPUS Nº 561.513 - SP (2020/0034774-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	LUCAS MATHEUS MOLINA
ADVOGADO	:	LUCAS MATHEUS MOLINA - SP329364
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MIKE LUAN DE SOUZA COSTA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MIKE LUAN DE SOUZA COSTA, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO assim relatado (fl. 31):

> Pela r. sentença de fls. 386/406, cujo relatório se adota, do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca da Presidente Prudente, Luís Henrique Oliveira Coladello e Mike Luan de Souza Costa, por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal foram condenados, individualmente, às penas de cinco (05) anos e seis (06) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e treze (13) dias- multa, no valor mínimo legal.
> Inconformados, recorreram os réus postulando a absolvição, sob o argumento de ausência de provas.
> Subsidiariamente, buscam a redução das penas e a alteração do regime prisional para o intermediário ou o aberto (fls. 439/470).
> As contrarrazões foram apresentadas.
> O ilustre Dr. Procurador de Justiça, em seu Parecer de fls. 499/501, opinou pelo improvimento dos apelos.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa pela prática do delito do art. 153, § 2º, I e II do Código Penal.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em síntese, que *na condenação indica-se que o aumento em patamar superior ao mínimo legal se dá em razão da presença de duas circunstâncias configuradoras da causa de aumento*, e que tal aumento *se mostra excessivo e desprovido de fundamentação idônea. Realmente, é entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça que a mera indicação do número de majorantes não é suficiente para fundamentar a exasperação da reprimenda em patamar superior ao mínimo* (fl. 4).

Salienta que, reduzida a majoração da pena ao patamar mínimo, mostra-se necessário readequar-se o regime inicial de cumprimento da pena.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para

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: 261BBA7F-50F7-4456-BF42-ED04C2AB8E19

reduzir-se a pena, fixando-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena, estendendo-a ao corréu LUÍS HENRIQUE OLIVEIRA COLADELLO, nos termos do art. 580 do CPP.

A liminar foi indeferida (fls. 47-48).

As informações foram prestadas (fls. 54-94).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela concessão parcial do *habeas corpus* ao paciente e ao corréu LUÍS HENRIQUE OLIVEIRA COLADELLO, apenas para estabelecer-se o regime inicial semiaberto para ambos (fls. 96-100).

É o relatório.

DECIDO.

Pretende a defesa que seja reduzida a causa de aumento de pena na terceira fase ao mínimo legal, estabelecendo-se regime prisional mais brando para o paciente, extendendo-se a ordem em favor do corréu LUÍS HENRIQUE OLIVEIRA COLADELLO, nos termos do art. 580 do CPP.

A sentença condenatória fixou a dosimetria das penas do paciente e do corréu Luís Henrique nesses termos (fls. 22 e 24-26):

> **Dosimetria da pena para o réu Luis Henrique Oliveira Coladello.**
> Respeitado o sistema trifásico, a pena base será fixada no mínimo legal, face aos bons antecedentes do réu. Pena base, portanto, em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal.
> Na segunda fase, deixo de diminuir a pena em face da confissão do réu, bem assim menoridade penal relativa, pois a pena foi fixada no mínimo legal, sendo, portanto, inviável, qualquer diminuição deste patamar, em consonância com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.
> **No terceiro estágio, estão presentes as causas de aumento de pena relativas ao emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, de sorte que a pena será majorada em 3/8 (três oitavos), totalizando a pena de 05 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa**, cada qual fixado em seu patamar mínimo e reajustado desde a prática delituosa, ante a pouca fortuna do acusado, dado que emerge do caderno processual.
> [...]
> Torno esta pena definitiva ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.
> **Regime de cumprimento de pena:**
> **Nos termos dos artigos 33, § 2º, alínea "a", c/c 33, § 3º, c/c 59, todos do Código Penal e à luz do art.110 da Lei 7210/84, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado.**
> Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por expressa vedação legal (artigo 44, inciso I, do Código Penal).
> **Dosimetria da pena para o réu Mike Luan de Souza Costa.**
> Respeitado o sistema trifásico, a pena base será fixada no mínimo legal, face aos bons antecedentes do réu, embora registre passagens pela Justiça

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: 261BBA7F-50F7-4456-BF42-ED04C2AB8E19

> Criminal (fls. 113/116). Pena base, portanto, em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal.
> Na segunda fase, deixo de diminuir a pena em face da confissão do réu, bem assim menoridade penal relativa, pois a pena foi fixada no mínimo legal, sendo, portanto, inviável, qualquer diminuição deste patamar, em consonância com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.
> **No terceiro estágio, estão presentes as causas de aumento de pena relativas ao emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, de sorte que a pena será majorada em 3/8 (três oitavos), totalizando a pena de 05 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa**, cada qual fixado em seu patamar mínimo e reajustado desde a prática delituosa, ante a pouca fortuna do acusado, dado que emerge do caderno processual.
> [...]
> Torno esta pena definitiva ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.
> **Regime de cumprimento de pena:**
> **Nos termos dos artigos 33, § 2º, alínea "a", c/c 33, § 3º, c/c 59, todos do Código Penal e à luz do art.110 da Lei 7210/84, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado.**
> Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por expressa vedação legal (artigo 44, inciso I, do Código Penal).

O Tribunal de origem manteve o decreto condenatório com base nos seguintes fundamentos (fls. 34-35):

> A reprimenda foi corretamente aplicada e, porisso, não comporta alteração.
> A pena, para ambos os réus, foi estabelecida no mínimo, reconhecida a atenuantes da menoridade e da confissão, sem, contudo, reflexo na pena nos termos da Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. **Na terceira fase sofreu acréscimo de três oitavos (3/8) face à incidência das duas causas especiais de aumento emprego de arma e comparsaria, nada havendo a ser consertado.**
> O regime fechado fica mantido. Trata-se de crime grave que, cada vez mais e de forma incessante, vem trazendo desassossego à sociedade em geral, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes. Estes merecem, portanto, receber uma resposta enérgica do Poder Judiciário. É o que espera e vem pedindo a sociedade. O estabelecimento de regime prisional diverso para tais casos certamente revelar-se-ia medida insuficiente para a reprovação e prevenção de tal espécie delituosa, ainda mais em face da concreta e evidente maior periculosidade dos agentes e de seu manifesto desajuste para a vida em sociedade, tanto que cometeram o crime de modo duplamente agravado.

De fato, verifica-se o constrangimento ilegal, porquanto o estabelecimento de fração acima da mínima legal, na terceira fase da dosimetria, deu-se, na espécie, tão só pela incidência de duas majorantes – emprego de arma e concurso de agentes –, com base no critério matemático,

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: 261BBA7F-50F7-4456-BF42-ED04C2AB8E19

sem a indicação de fundamentação concreta.

Nos termos do entendimento cristalizado na Súmula 443/STJ: *o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.*

Passo, assim, ao redimensionamento da reprimenda imposta ao paciente.

Mantida a pena-base no mínimo legal, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, esta permanece inalterada em razão da ausência de agravantes ou atenuantes e, na terceira fase, presentes as majorantes, elevo a reprimenda em 1/3, alcançando 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa.

Como se vê, para a fixação do regime fechado foi baseada no fato de que o *estabelecimento diverso para tais casos certamente revelar-se-ia medida insuficiente para a reprovação e prevenção de tal espécie delituosa, ainda mais em face da concreta e evidente maior periculosidade dos agentes e de seu manifesto desajuste para a vida em sociedade, tanto que cometeram o crime de modo duplamente agravado.*

A Terceira Seção deste STJ entende ser possível, desde que com base em motivação concreta, estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso (HC n. 362.535/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

Na espécie, todavia, o Tribunal Estadual se valeu de argumentos baseados na gravidade abstrata do delito e nos genéricos efeitos sociais da criminalidade para a fixação de regime prisional mais severo, o que, a teor da iterativa jurisprudência das Cortes Superiores é expressamente vedado. A propósito:

> HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CONTINUIDADE DELITIVA. DUAS INFRAÇÕES. MAJORAÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA. DESCABIMENTO.
>
> 1. A consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade, não servindo para agravar a pena-base.
>
> 2. A afirmação de que o roubo teria colocado em risco a vida da vítima e causado intranquilidade social bem como a de que as circunstâncias prejudicavam os acusados têm natureza genérica, uma vez que não se fizeram

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: 261BBA7F-50F7-4456-BF42-ED04C2AB8E19

> acompanhar de nenhum elemento concreto extraído do delito pelo qual estavam os pacientes sendo apenados.
> 3. O prejuízo da vítima é inerente aos crimes contra o patrimônio. Assim, salvo se demonstrada a gravidade exacerbada da lesão, não se presta para fundamentar a análise negativa das consequências do crime. Da mesma forma, por se tratar de elementar, a busca pelo lucro fácil não é apta para agravar os motivos do delito.
> 4. É descabido atribuir desvalor à conduta social e à personalidade se não há dados concretos nos autos aptos para formar, de maneira segura, a convicção do julgador. Igualmente, não pode lastrear a negativação dessas circunstâncias a existência de processos em curso.
> 5. Se os antecedentes foram considerados negativos, mas nem a sentença nem o acórdão fizeram menção à existência de condenação criminal transitada em julgado, tem incidência a Súmula 444/STJ.
> 6. A exasperação da pena pelas instâncias ordinárias apenas em razão do número de causas de aumento vai de encontro ao comando da Súmula 443/STJ.
> 7. **Sendo os pacientes primários e reduzidas as penas-base ao mínimo legal em razão da ausência de circunstâncias judiciais negativas, impõe-se o estabelecimento do regime inicial semiaberto, mormente porque a opção pelo regime mais severo, nas instâncias ordinárias, foi fundamentada na gravidade abstrata do delito.**
> 8. Se as instâncias ordinárias reconheceram a prática de dois crimes em continuidade delitiva, a exasperação da reprimenda na fração máxima de 2/3 destoa da jurisprudência desta Casa, que, nessa hipótese, determina que a majoração ocorra no piso mínimo de 1/6.
> 9. Ordem concedida, com extensão ao corréu, Valmir Antunes Gallardo, para reduzir as penas-base ao mínimo legal, bem como para aplicar a menor fração de aumento na terceira fase da dosimetria (1/3). Habeas corpus deferido, de ofício, em relação a ambos, a fim de fixar o regime inicial semiaberto e, quanto ao mencionado corréu, para reduzir a majoração da reprimenda pela continuidade delitiva à fração mínima de 1/6, ficando as penas redimensionadas nos termos do voto" (HC 136.451/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 12/09/2011).

Nesse contexto, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso sem fundamento concreto, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

> "Súmula 440/STJ: "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".

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: 261BBA7F-50F7-4456-BF42-ED04C2AB8E19

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

Sendo assim, não se justifica a imposição de regime inicial fechado ao paciente tecnicamente primário, condenado à pena reclusiva superior a 4 anos e inferior a 8 anos – ora fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão –, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis tanto para o paciente como para o corréu Luís Henrique, fazendo jus o paciente ao regime **semiaberto**, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Considerando que as pena foi dosada de maneira idêntica para o corréu LUÍS HENRIQUE OLIVEIRA COLADELLO, estendo a este o benéficos efeitos do julgado, nos termos do art. 580 do CPP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar as penas do paciente MIKE LUAN DE SOUZA COSTA e do corréu LUÍS HENRIQUE OLIVEIRA COLADELLO, nos termos do art. 580 do CPP, em 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 13 dias-multa.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
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: 261BBA7F-50F7-4456-BF42-ED04C2AB8E19