



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.704 - MT (2009/0042106-4)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : VIVELAINE DA SILVA RODRIGUES SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. CONDENAÇÃO BASEADA EM DELAÇÃO DE CO-RÉU. HARMONIA COM OS DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO E COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. PACIENTE CONDENADA, PELO CRIME DE ROUBO, A 6 ANOS, 4 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA QUE NÃO INFLUIU NO ÂNIMO DO AGENTE. ELEMENTOS DO TIPO USADOS PARA ELEVAR A PENA-BASE E, TAMBÉM, COMO CAUSAS DE AUMENTO. *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA PARCIAL CONCESSÃO DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA TÃO-SÓ E APENAS PARA ESTABELECEER A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA DO PACIENTE.

1. A tese de que a condenação foi baseada apenas em delação contraditória não encontra respaldo nos autos, porquanto a delação está em perfeita harmonia com os depoimentos prestados em juízo e com os demais elementos de prova constantes dos autos.

2. É inviável, na via estreita do *Habeas Corpus*, revisar matéria fático-probatória com a finalidade de obter pronunciamento judicial que implique a absolvição dos crimes pelos quais o paciente foi condenado, sobretudo se as instâncias ordinárias, soberanas na análise fática dos autos, frisaram que a autoria restou evidenciada, bem como a materialidade do crime.

3. A pena deve ser fixada com estrita observância dos arts. 59 e 68 do CPB, porquanto a fuga dos parâmetros estabelecidos legalmente ou a ausência de fundamentação válida no momento da dosimetria da pena constitui constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio de *Habeas Corpus*, sempre que não houver necessidade de dilação probatória, pois pode submeter o apenado à prisão por tempo superior ou inferior ao que seria admissível e adequado para a prevenção e reprovação do delito.

4. É firme o entendimento desta Corte de que elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de *bis in idem*. Vê-se que, *in casu*, o MM. Juiz de primeiro grau embasou-se no fato de a vítima ter sido privada de sua liberdade tanto para elevar a pena-base, como para aumentá-la na terceira fase da dosimetria como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de aumento, o que não se coaduna com a sistemática admitida pela legislação penal.

5. As doudas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF).

6. Ressalva do entendimento pessoal do Relator, de que o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semiaberto, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis.

7. Ordem parcialmente concedida, em conformidade com o parecer ministerial, tão-só e apenas para estabelecer a pena-base no mínimo legal e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília/DF, 1º de dezembro de 2009 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.704 - MT (2009/0042106-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : VIVELAINE DA SILVA RODRIGUES SANTOS

RELATÓRIO

1. Cuida-se de *Habeas Corpus* impetrado em benefício de VIVELAINE DA SILVA RODRIGUES SANTOS, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso que negou provimento aos apelos defensivos e deu provimento ao recurso ministerial, nos termos da seguinte ementa:

RECURSOS DE APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DO ARTIGO 157, § 2o., I, II E V, E ARTIGO 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, EM CONCURSO MATERIAL. SENTENÇA QUE ABSOLVEU UM DOS RÉU EM RELAÇÃO AOS DOIS CRIMES E TODOS OS RÉUS EM RELAÇÃO AO CRIME DE QUADRILHA ARMADA. IRRESIGNAÇÃO SIMULTÂNEA DO ÓRGÃO MINISTERIAL E DA DEFESA DE DOIS RÉUS. PLEITO MINISTERIAL NO SENTIDO DE SER CONDENADO O RÉU ABSOLVIDO NA R. SENTENÇA POR AMBOS OS CRIMES E TODOS OS DEMAIS PELO CRIME DE QUADRILHA ARMADA. PROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. DELAÇÃO DE CO-RÉU CONVERGENTE COM OS DEMAIS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS. PLEITO DA DEFESA DE DOIS RÉUS NO SENTIDO NA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO VASTO E COESO. REQUERIMENTO ALTERNATIVO DE UM DOS RÉUS PELA DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE E ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O SEMI-ABERTO. INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE JUSTIFICAM A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSOS EM RAZÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 33, § 3o. DO CÓDIGO PENAL. APELO MINISTERIAL PROVIDO E APELOS DEFENSIVOS IMPROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME.

Restando demonstradas a autoria e a materialidade delitivas através da delação de co-réu, que se encontra corroborada por outros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos constantes dos autos, impõe-se a reforma da sentença monocrática para proferir éditto condenatório.

A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Impõe-se a manutenção do regime de cumprimento de pena mais gravoso quando existentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inteligência do artigo 33, § 3o. do Código Penal (fls. 123/124).

2. Infere-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau, como incurso nas sanções do art. 157, § 2o. I, II e V do CPB, à pena de 6 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, no regime inicial fechado, além de multa, tendo sido absolvida da imputação feita na denúncia quanto à infringência ao art. 288, parág. único do CPB.

3. Em sede de Apelação, o Tribunal *a quo*, acolhendo o recurso ministerial, condenou a paciente também pelo crime de formação de quadrilha armada, estabelecendo a pena de 2 anos de reclusão que, somada à fixada em primeiro grau diante do concurso material, restou fixada em 8 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória.

4. No presente *writ*, o impetrante alega, em síntese, que a condenação da paciente fundou-se apenas em delação contraditório de um co-réu. Aduz, ainda, a ausência de fundamentação idônea para o aumento da pena-base muito acima do mínimo legal e que o regime semi-aberto é o mais adequado ao cumprimento da pena.

5. Indeferido o pedido liminar (fls. 195) e prestadas as informações de estilo (fls. 200/201), o MPF, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República MARIA DAS MERCES DE CASTRO GORDILHO ARAS, manifestou-se pela concessão parcial da ordem.

6. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.704 - MT (2009/0042106-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : VIVELAINE DA SILVA RODRIGUES SANTOS

VOTO

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. CONDENAÇÃO BASEADA EM DELAÇÃO DE CO-RÉU. HARMONIA COM OS DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO E COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. PACIENTE CONDENADA, PELO CRIME DE ROUBO, A 6 ANOS, 4 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA QUE NÃO INFLUIU NO ÂNIMO DO AGENTE. ELEMENTOS DO TIPO USADOS PARA ELEVAR A PENA-BASE E, TAMBÉM, COMO CAUSAS DE AUMENTO. BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA PARCIAL CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA TÃO-SÓ E APENAS PARA ESTABELECEER A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA DO PACIENTE.

1. *A tese de que a condenação foi baseada apenas em delação contraditória não encontra respaldo nos autos, porquanto a delação está em perfeita harmonia com os depoimentos prestados em juízo e com os demais elementos de prova constantes dos autos.*

2. *É inviável, na via estreita do Habeas Corpus, revisar matéria fático-probatória com a finalidade de obter pronunciamento judicial que implique a absolvição dos crimes pelos quais o paciente foi condenado, sobretudo se as instâncias ordinárias, soberanas na análise fática dos autos, frisaram que a autoria restou evidenciada, bem como a materialidade do crime.*

3. *A pena deve ser fixada com estrita observância dos arts. 59 e 68 do CPB, porquanto a fuga dos parâmetros estabelecidos legalmente ou a ausência de fundamentação válida no momento da dosimetria da pena*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitui constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio de Habeas Corpus, sempre que não houver necessidade de dilação probatória, pois pode submeter o apenado à prisão por tempo superior ou inferior ao que seria admissível e adequado para a prevenção e reprovação do delito.

4. *É firme o entendimento desta Corte de que elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de bis in idem. Vê-se que, in casu, o MM. Juiz de primeiro grau embasou-se no fato de a vítima ter sido privada de sua liberdade tanto para elevar a pena-base, como para aumentá-la na terceira fase da dosimetria como causa de aumento, o que não se coaduna com a sistemática admitida pela legislação penal.*

5. *As duntas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF).*

6. *Ressalva do entendimento pessoal do Relator, de que o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semiaberto, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis.*

7. *Ordem parcialmente concedida, em conformidade com o parecer ministerial, tão-só e apenas para estabelecer a pena-base no mínimo legal e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.*

1. Inicialmente, a alegação de que a condenação se baseou apenas em delação contraditória não encontra respaldo nos autos, uma vez que, conforme se extrai do venerando acórdão impugnado, a delação guarda perfeita harmonia com os depoimentos prestados na fase judicial, bem como com os demais elementos de prova constantes dos autos. Vale ainda transcrever trecho da sentença condenatória que se refere aos elementos de prova utilizados para averiguar a autoria pela paciente:

Nesse diapasão, como fundamentado quando da exposição da autoria do co-réu ÉRICO, não bastasse a delação inicial, as demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunhas confirmaram em seus depoimentos o inicialmente delatado por JOEL, coincidindo a delação de JOEL com o mencionado pela vítima quanto ao modo e local da prática do crime, verificando-se, assim, que a retratação judicial do co-réu JOEL, destoa da realidade demonstrada nos autos e a negativa de autoria da co-acusada VIVELAINE restou escoteira nos autos, pairando contra si outras provas.

Portanto, além do reconhecimento do co-réu JOEL na fase policial, outras coincidências levam a apontar a co-ré VIVELAINE como partícipe do delito de roubo, principalmente pelo fato de ter se encontrado com a vítima no cativeiro após o depoimento do acusado delator, no qual demonstra crédito em seu depoimento extrajudicial, bem como pelo fato desta acusada ter relacionamento amoroso com o co-réu ÉRICO, no qual reforça ainda mais os até então indícios existentes contra a sua pessoa (fls. 88/89).

2. É de se ter claro, ainda, que é inviável, na via estreita do *Habeas Corpus*, revisar matéria fático-probatória com a finalidade de obter pronunciamento judicial que implique a absolvição dos crimes pelos quais o paciente fora condenado, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fática dos autos, frisou que a autoria restou evidenciada, bem como a materialidade dos crimes.

3. A propósito, este entendimento encontra respaldo na doutrina especializada dos festejados Juristas ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, para quem o *Habeas Corpus* constitui remédio mais ágil para a tutela do indivíduo e, assim, sobrepõe-se a qualquer outra medida, desde que a ilegalidade possa ser evidenciada de plano, sem necessidade de um reexame mais aprofundado da justiça ou injustiça da decisão impugnada (Recursos no Processo Penal, São Paulo, RT, 2001, p. 353).

4. Sobre a impossibilidade de reexame de prova no âmbito do *Habeas Corpus*, podem ser citados, desta Corte, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECEPÇÃO. ATIPICIDADE DOS FATOS. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TESE DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO CONCEDENDO LIBERDADE PROVISÓRIA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A apreciação da atipicidade da conduta do Paciente demanda, necessariamente, dilação probatória para apuração dos fatos, o que é inviável na via estreita do habeas corpus, devendo, assim, serem discutidas e comprovadas no âmbito da instrução criminal.

2. Os fatos narrados na denúncia demonstram, em tese, a justa causa para a ação penal.

(...).

4. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, na parte conhecida,denegado (HC 70.764/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 25.06.2007).

✧ ✧ ✧

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM DELAÇÃO DE CO-RÉU. NULIDADE DA SENTENÇA. IMPROPRIEDADE DO WRIT. DEPOIMENTO CORROBORADO POR OUTRAS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Hipótese em que o impetrante pugna pelo reconhecimento da ausência de base probatória a fundamentar o decreto condenatório prolatado em desfavor do paciente, eis que a delação do co-réu seria o único dado a lastrear a condenação reputada indevida.

2. Magistrado singular que entendeu existirem provas suficientes da autoria intelectual do delito, as quais demonstrariam o seu envolvimento nos fatos delituosos, tendo o Tribunal de origem mantido a sentença in totum, alegando que o depoimento do co-acusado foi corroborado por outras provas produzidas nos autos.

3. A análise da alegada carência de provas demandaria análise do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

4. É sabido que a via estreita do writ é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inciso LXVIII).

5. Ordem não conhecida (HC 85.102/AC, Rel. Min. JANE SILVA, DJU 08.10.2007).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Noutro giro, a impetração alega haver constrangimento ilegal na elevação da pena-base em 1 ano acima do mínimo legal, sob o argumento de que a maioria das circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis.

6. De início, é de se ter claro que se a pena deve ser fixada com estrita observância dos arts. 59 e 68 do CPB, a fuga dos parâmetros estabelecidos legalmente ou a ausência de fundamentação válida no momento da dosimetria da pena constitui constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio de *Habeas Corpus*, sempre que não houver necessidade de dilação probatória, pois pode submeter o apenado à prisão por tempo superior ou inferior ao que seria admissível e adequado para a prevenção e reprovação do delito. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. SEQÜESTRO, ROUBO, PORTE ILEGAL E DISPARO DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA NO CASO EM TELA. CRIMES AUTÔNOMOS. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ILEGALIDADE. EXASPERAÇÃO NO MÁXIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E UTILIZAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL EM ANDAMENTO COMO MAUS ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PENA FIXADA COM O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE.

1. *Para aplicação do princípio da consunção pressupõe-se a existência de ilícitos penais que funcionam como fase de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores de outro delito mais grave.*

2. *In casu, as condutas de portar armas ilegalmente e disparar arma de fogo em via pública não podem ser absorvidas pelo crime de roubo, porquanto os crimes foram consumados em contextos fáticos distintos, restando evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexo de dependência entre as condutas ou subordinação, não incidindo, portanto, o princípio da consunção.*

3. *O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica em ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

5. Na hipótese, o juiz sentenciante, ao considerar desfavoráveis todas as circunstâncias judiciais dos crimes tipificados nos arts. 148, § 2º; 157, § 2º, I e II, 157, § 3º (primeira figura), todos do Código Penal, e 10, § 1º, III, e § 2º, da Lei n.º 9.437/97, não trouxe, em sua maioria, elementos concretos, capazes de descrever a conduta do Paciente como de tamanha e especial gravidade, a ponto de ensejar a fixação das penas-bases no máximo legal.

6. Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona no sentido de que a anotação de inquéritos e processos em andamento não pode ser considerada como maus antecedentes, com a finalidade de agravar a pena-base.

7. Tendo sido considerado pelo Magistrado a quo, por ocasião da dosimetria da pena, a atenuante da confissão espontânea, portanto, de forma idêntica ao que ora pretende alcançar o Impetrante, através do presente writ, inexistente, pois, interesse de agir quanto a esse aspecto.

8. Habeas corpus conhecido em parte e, na parte conhecida, concedida parcialmente a ordem para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão no tocante à individualização da pena, determinando que outra seja proferida em primeira instância, de forma devidamente fundamentada e sem a consideração dos maus antecedentes, em observância ao princípio da presunção da inocência. Por se encontrarem em idêntica situação, salvo quanto aos maus antecedentes, que deverão ser analisados individualmente pelo Juízo monocrático, estendo os efeitos da ordem aos demais co-réus, a teor do art. 580, do Código de Processo Penal. (HC 92.256/PB, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 29.09.08).

7. Ao aplicar a pena, o douto Magistrado singular assentou:

A pena abstrata prevista para o crime de roubo é de 04 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão e multa.

Tendo em vista a dicção do art. 59 do Código Penal, passo a considerar as circunstâncias judiciais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da análise valorativa dos elementos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade conduta diversa), verifico que o grau de reprovabilidade de sua conduta foi normal à espécie. Não representa aumento na pena-base.

No tocante aos antecedentes criminais, a acusada VIVELAINE não ostenta, consoante certidões e documentos juntados (p. 231, 250, 251, 257, 280, 282, 344, 350, 343) não representando consideração para aumento na pena-base.

Dos autos, outrossim, não se extrai ter a acusada personalidade voltada à prática do crime, circunstância deveria vir objetivamente demonstrada, não importando em aumento na pena-base.

Conduta social até então não maculada, pois dos autos não se inferem elementos para verificação do modo de vida da acusada. Não representa aumento algum na pena.

Deve-se atentar também aos motivos, que representam o móvel impulsionador do delito, avaliados em razão da reprovação que merecem. Dos autos não se extrai a motivação, senão aquela que é natural à espécie, notadamente o intuito de auferir lucro fácil. Não existindo motivação específica, não há como incidir aumento na pena na primeira fase de sua fixação.

Da mesma forma, no tocante às circunstâncias, não vislumbro nos autos nada de relevante a ser considerado.

As conseqüências do crime foram de monta, além do normal, posto que com a privação da liberdade da vítima, o dano moral experimentado se revela perene, importando aumento da pena-base em 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Quanto ao comportamento da vítima do crime de roubo, não houve qualquer atitude por parte desta que pudesse influir no ânimo da acusada tendendo-o à prática do delito, razão pela qual essa circunstância representa aumento da pena-base em 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Diante desse quadro, que é apenas parcialmente favorável à ré VIVELAINE, fixo a pena-base acima do mínimo, em 05 (cinco) anos de reclusão, e 30 (trinta) dias-multa (fls. 101/102).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Tem-se, pois, que o douto Magistrado sentenciante apontou como fundamento para a exasperação da pena-base em 1 ano acima do mínimo legal apenas as conseqüências do delito e o comportamento da vítima, eis que a privação da liberdade da vítima causou dano moral perene e a vítima não teve qualquer comportamento que pudesse influir no ânimo da acusada.

9. Ora, o comportamento da vítima avaliado como neutro não pode ser valorado como prejudicial ao réu a fim de aumentar-lhe a pena-base (HC 67.710/PE, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJU 22.04.08).

10. Ademais, é firme o entendimento desta Corte de que elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de *bis in idem*. Vê-se que, *in casu*, o MM. Juiz de primeiro grau embasou-se no fato de a vítima ter sido privada de sua liberdade tanto para elevar a pena-base, como para aumentá-la, na terceira fase da dosimetria, como causa de aumento, o que não se coaduna com a sistemática admitida pela legislação penal. Confira-se, a propósito, os seguintes julgados desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. INSUFICIENTE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. INTEGRANTES DO TIPO. CAUSAS DE AUMENTO. QUANTIDADE EXCESSIVA. PRECEDENTES.

1. *Se da simples leitura da sentença condenatória exsurge a existência de flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, revelando-se despicienda a análise do conjunto probatório, afigura-se adequada a via do habeas corpus para sanar as indigitadas ilegalidades.*

2. *A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, em observância ao princípio do livre convencimento fundamentado. Assim, não pode a reprimenda ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em integrantes do próprio tipo penal.*

3. *A condição de agente político (Prefeito Municipal) é elementar do tipo penal descrito no caput do art. 89 da Lei 8.666/93, não*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podendo, portanto, ser sopesada como circunstância judicial desfavorável.

4. O aumento a ser aplicado em decorrência do reconhecimento do crime continuado deve ser estabelecido em razão do número de infrações praticadas.

5. Ordem concedida, parcialmente. (HC 108.989/PR, Rel. Min. OG FERNANDES, DJU 17.11.08).



CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUALIFICADORAS UTILIZADAS TAMBÉM PARA AGRAVAR A REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. ORDEM CONCEDIDA.

I. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos.

II. Não obstante o reconhecimento da existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

III. Não se justifica a fixação da pena-base 05 anos acima do mínimo legal, pois a consideração de cinco circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP como desfavoráveis ao acusado não restou devidamente fundamentada.

IV. Se não foram especificados quais os feitos criminais foram desfavoravelmente sopesados como maus antecedentes do réu, além da sua suposta periculosidade não ser circunstância judicial apta a justificar a majoração da pena-base, resta evidenciado o apontado constrangimento ilegal.

V. O fato da conduta imputada ao paciente macular a ordem pública e causar terror à sociedade não é suficiente para majorar a pena-base como circunstâncias e conseqüências do crime, pois se trata de aspecto subsumido no próprio tipo penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. *A majoração da pena-base do acusado está devidamente motivada somente no tocante à sua personalidade, voltada para a prática reiterada de condutas criminosas, bem como à sua conduta social reprovável, evidenciando-se, portanto, excessivo rigor e insuficiente fundamentação para a exacerbação procedida em 1º grau.*

VII. *Constatada a dupla valoração das qualificadoras, as quais foram utilizadas para tipificar o delito de homicídio como qualificado, bem como para agravar a reprimenda na terceira fase da dosimetria, sem que houvesse diferenciação de quais as causas teriam sido utilizadas para qualificar o tipo penal e quais seriam consideradas como agravantes, resta caracterizado indevido bis in idem.*

VIII. *Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, tão-somente no tocante à dosimetria da reprimenda, para que o Juízo de 1º grau proceda a readequação da pena imposta ao paciente, com a devida motivação da sua fixação, em observância ao sistema trifásico, mantida a condenação.*

IX. *Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 59.858/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 18.12.06).*

11. Afastados os únicos fundamentos apresentados para a elevação da pena-base, forçosa a sua fixação no mínimo legal.

12. Quanto ao regime prisional, ao meu sentir, *data venia* dos respeitáveis posicionamentos em contrário, o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à pena-base aplicada ao crime, na medida da culpabilidade do agente, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semiaberto, segundo a sua avaliação criteriosa e fundamentada, com base nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB, salvo nos casos do art. 33, § 2o., alínea a do CPB [pena superior a 8 anos ou superior a 4, se reincidente o agente]. Entendo que o propósito da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis.

13. Entretanto, as duntas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF).

14. Com efeito, vários são os julgados deste Superior Tribunal a consignar que *se o paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis na própria dosimetria da reprimenda, como a primariedade e a ausência de maus antecedentes, não cabe a imposição de regime fechado com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado e na suposta periculosidade do agente* (HC 68.654/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 12.03.07).

15. O colendo Supremo Tribunal Federal, na mesma linha de entendimento, já decidiu, inclusive, que *a gravidade em abstrato do crime de roubo, mesmo quando houver duas causas de aumento de pena (emprego de arma e concurso de agentes), não é suficiente para impor o regime fechado ao condenado a pena inferior a 8 anos* (HC 83.520/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 12.03.07).

16. Assim, em face dessa orientação jurídica já consolidada e do estabelecimento da pena-base no mínimo legal, ressalvo, com o maior respeito, o meu ponto de vista pessoal, para acompanhar a jurisprudência acerca da matéria e readequar o regime prisional, nos termos do art. 33, § 2o., *b* do CPB, para que o paciente inicie o cumprimento de sua pena no regime semiaberto.

17. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, para tão só e apenas estabelecer a pena-base no mínimo legal e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente.

18. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0042106-4
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 1192006 51272008

HC 130704 / MT

EM MESA

JULGADO: 01/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAURO MÁRCIO DIAS CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : VIVELAINE DA SILVA RODRIGUES SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 01 de dezembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário