



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.698 - SP (2008/0181566-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MENÉSIO PINTO CUNHA JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRÉ ALVES DIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO POR DOIS HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADOS. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE FIXADA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL. SEGUNDA QUALIFICADORA. UTILIZAÇÃO COMO AGRAVANTE. PREVISÃO NO ART. 61 DO CP. PERMISSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE DUPLA VALORAÇÃO PELO MESMO FATO (*BIS IN IDEM*). AUMENTO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Presente circunstância judicial desfavorável, correto o aumento da pena-base em apenas seis meses acima do mínimo legalmente previsto para o tipo.

2. Tendo sido duas as qualificadoras reconhecidas pelo Corpo de Jurados para o delito mais grave, perfeitamente possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e da segunda ou para elevar a sanção básica ou para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, caso prevista no art. 61 do CP.

3. Não há como acoimar de flagrantemente ilegal ou abusivo, ou mesmo desproporcional, o aumento procedido na segunda etapa da dosimetria por força do reconhecimento da circunstância agravante disposta no art. 61, II, *b*, do CP, pois além de a majoração estar justificada na admissão da segunda qualificadora, não há nos autos elementos hábeis a autorizar menor aumento, diante dos elementos constantes nos autos.

EXECUÇÃO. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. MANUTENÇÃO PELA CORTE ORIGINÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 DECLARADA PELA SUPREMA CORTE. ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.464/2007. FORMA INICIALMENTE FECHADA. PROGRESSÃO PERMITIDA. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA DE OFÍCIO.

1. Após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, e com a entrada em vigor da Lei 11.464/07, que estabeleceu o modo inicialmente fechado para o resgate da sanção corporal e afastou o óbice à execução progressiva da pena, incide em constrangimento ilegal a Corte de origem que mantém a forma integralmente fechada para a execução da reprimenda imposta aos condenados por homicídio qualificado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Ordem denegada, concedendo-se *habeas corpus* de ofício para fixar o modo inicialmente fechado para a execução da pena imposta ao paciente, afastando-se a impossibilidade de progressão de regime prisional.

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, denegar a ordem e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2009. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.698 - SP (2008/0181566-2)

IMPETRANTE : MENÉSIO PINTO CUNHA JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRÉ ALVES DIAS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANDRÉ ALVES DIAS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, julgando a Apelação Criminal n. 378.495-3/1-00, aforada pela defesa, negou-lhe provimento, mantendo na íntegra a sentença que condenou o paciente ao cumprimento de 17 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por violação aos arts. 121, § 2º, III e V, e 121, § 2º, III, c/c arts. 29 e 71, todos do Código Penal.

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, visto que a sentença condenatória teria valorado duplamente a primeira qualificadora reconhecida pelos jurados, já que foi admitida para qualificar o delito e também para aumentar a sanção na primeira etapa da dosimetria, em evidente bis in idem.

Alega também que o aumento de 3 anos acima do mínimo legalmente previsto na primeira etapa da aplicação da pena foi aplicado sem a devida fundamentação.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja anulada a decisão condenatória, proferindo-se outra em obediência ao regramento legal.

Estando os autos devidamente instruídos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade impetrada.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, para que seja redimensionada a pena-base, permitindo-se, de ofício, a progressão prisional.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.698 - SP (2008/0181566-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer que *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu"*, sendo inclusive orientação pacificada que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC n. 77.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 21-2-2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias, apesar de admissível via *habeas corpus*, é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos fáticos e probatórios ou em circunstâncias subjetivas.

No caso, dos elementos que instruem os autos, constata-se que o paciente foi condenado por dois homicídios, um qualificado pelo emprego de fogo e para garantir a impunidade do primeiro, e outro qualificado pelo emprego de fogo, cometidos em continuidade delitiva, porque em 4-11-1998, em concurso de pessoas, tirou a vida de Fânia Regina Denofre e de Carlos Eduardo Machado César, mediante disparos de revólver e com o de fogo, constando que as vítimas teriam sido carbonizadas quando ainda estavam com vida.

Para melhor elucidação da questão, que cinge-se à aplicação da pena-base imposta ao paciente, transcreve-se, por oportuno, trecho da sentença nesse ponto e no que fixou o regime para a sua execução:

"Ante as circunstâncias desfavoráveis do artigo 59 do Código Penal, pois o réu possui contra si outro processo, a pena-base é de ser fixada acima do mínimo legal, em doze (12) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Aplicando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante, reduz o em 6 meses a pena. Reconhecida a existência de duas qualificadoras no crime mais grave, a pena deverá ser aumentada para 15 anos.

Acrescento 1/6 à pena fixada para o crime mais grave, pela continuidade delitiva. A pena total a ser cumprida, pelos dois crimes, será de 17 (dezesete) anos de reclusão.

A pena deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, por se tratar de crime considerado hediondo. [...]." (fls. 9).

O Tribunal impetrado, julgando a apelação aforada pela defesa, em aresto datado de 10-4-2003, assim se manifestou no tocante à aplicação da pena:

"Com relação à pena, nenhum reparo há para ser feito. Houve acréscimo com relação ao crime que vitimou Fânia pela segunda qualificadora, alcançando quinze anos de reclusão. Admitida a continuidade delitiva sobre este montante houve o acréscimo de um sexto, totalizando, nas contas da magistrada, dezessete anos de reclusão. Aqui o réu foi extremamente beneficiado, pois na verdade o cálculo correto seria de dezessete anos e dez meses de reclusão. Em relação ao regime de cumprimento de pena, a solução é correta. Trata-se de crime hediondo, a única solução é o regime integral fechado." (fls. 16).

No que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e, sim, vinculada, devendo o togado singular guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a reprimenda conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado.

E, da leitura do édito condenatório na parte acima transcrita, infere-se que como foram dois os delitos contra a vida cometidos pelo paciente, o sentenciante, admitindo a continuidade delitiva entre ambos, aplicou a pena do mais grave - o duplamente qualificado - elevando-o ao final pela incidência do disposto no art. 71 do CP.

Assim, fixou a pena-base 6 meses acima do mínimo em razão dos maus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes do paciente, não havendo como infirmar tal conclusão, diante a ausência de juntada de certidão de antecedentes criminais do acusado que comprovassem eventual desacerto.

Na segunda etapa da dosimetria, contudo, considerando a presença da atenuante da menoridade, reduziu a sanção em 6 meses, e, utilizando uma das qualificadoras, a do inciso V do § 2º do art. 121 do CP, como agravante, já que prevista no art. 61, II, *b*, do CP, elevou a sanção em 3 anos, perfazendo 15 anos de reclusão nessa fase.

Por fim, aumentou a reprimenda em 1/6, pelo disposto no art. 71 do CP, consignando que a tornava definitiva em 17 anos de reclusão.

Não assiste razão à impetrante quando aponta a ocorrência de *bis in idem*, pois, como visto foram duas as qualificadoras reconhecidas pelo Corpo de Jurados para o delito mais grave - incisos III e V do § 2º do art. 121 do CP - sendo, portanto, perfeitamente possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e da segunda ou para elevar a sanção básica ou para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, caso prevista no art. 61 do CP.

A propósito, desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. AUMENTO DA PENA-BASE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR E OUTRA PARA AGRAVAR A SANÇÃO. POSSIBILIDADE DESDE QUE HAJA PREVISÃO NO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se revela possível aumentar a pena-base com fundamento em circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal, sob pena de inegável bis in idem, tampouco com base em condenação posterior ao crime em questão. É vedado, também, o acréscimo da pena em razão do motivo do crime se ele serviu para fazer incidir a qualificadora.

2. Deve ser reduzida a pena-base, se a única circunstância judicial que de fato pode ser considerada contra o paciente refere-se às consequências do crime, dada a tenra idade da vítima.

3. Mostra-se possível, na linha da jurisprudência desta Corte, que na hipótese de homicídio qualificado por duas causas, uma seja utilizada para caracterizar a qualificadora e a outra considerada agravante, desde que prevista no art. 61 do Código Penal, ou circunstância judicial desfavorável.

4. Conforme compreensão do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da menoridade prepondera sobre todas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias agravantes.

5. Habeas corpus parcialmente concedido. (HC 110.641/MS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 03/08/2009)

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. UTILIZAÇÃO DAS QUALIFICADORAS SOBEJANTES PARA ELEVAR A PENA-BASE, NA SEGUNDA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. ADMISSIBILIDADE.

1. O Juízo processante, no que foi referendado pelo Tribunal de origem, em sede de apelação, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, indicou a presença de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal.

2. Não há ilegalidade na decisão do Juízo sentenciante que, de modo a não ensejar o indevido bis in idem, frente às três qualificadoras reconhecidas pelo Júri, utiliza o motivo torpe para a caracterização do crime de homicídio, em sua forma qualificada, e as demais - utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima e emprego de meio cruel na execução do crime - como agravantes, na segunda fase de aplicação da pena.

3. Ordem denegada. (HC 76.535/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2009, DJe 25/05/2009)

Ora, admitida a continuidade delitiva, e no caso a do *caput* do art. 71 do CP, aplica-se a pena do delito mais grave, se diversas, aumentada de 1/6 a 2/3. Exatamente o que fez o sentenciante, em decisão confirmada pelo Tribunal impetrado.

Na segunda etapa da dosimetria, embora o togado singular tenha invertido a ordem na consideração das circunstâncias legais, já que primeiro reduziu a sanção pela incidência da atenuante da menoridade e na sequência elevou-a pela presença da agravante do art. 61, II, *b*, do CP, não há como se acoimar de flagrantemente ilegal ou abusivo, ou mesmo desproporcional, o aumento procedido nessa etapa por conta da referida agravante, pois além de a majoração estar justificada no reconhecimento da segunda qualificadora, não há nos autos elementos hábeis a autorizar menor aumento, já que a inicial veio instruída apenas com cópias da sentença condenatória e do aresto combatido, de onde se extrai que Fânia foi morta porque poderia reconhecer os autores do homicídio que vitimou Carlos, salientando-se ainda que as vítimas foram carbonizadas quando ainda se encontravam com vida, situação que autoriza maior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenação.

A propósito, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (19 ANOS E 6 MESES), DIMINUÍDA EM 4 ANOS EM RAZÃO DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO. PENA FINAL: 15 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUMENTO DA PENA-BASE JUSTIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

"1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias na Ação de Habeas Corpus, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, somente é admitida em situações excepcionais, quando constatado evidente abuso ou ilegalidade flagrante, passível de conhecimento sem maiores digressões sobre aspectos fáticos ou subjetivos.

"2. No caso concreto, observaram-se estritamente os limites e condicionantes do art. 59 do CPB para a fixação da pena-base, justificando-se adequadamente a majoração acima do mínimo legal em vista das circunstâncias judiciais desfavoráveis, como o contexto do crime, premeditado e cometido de forma cruel após a vítima ter implorado por sua vida, a conduta social e a personalidade do paciente, que também se mostraram desfavoráveis, pois constantemente envolvido em alterações, andando armado e causando temor nos moradores do local em que reside.

"3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

"4. Ordem denegada" (HC n. 91.247/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 20-11-2008).

Por fim, correto o aumento efetuado por conta do reconhecimento da continuidade delitiva, até porque no mínimo legalmente previsto - 1/6 - findando a sanção, como observado no acórdão digladiado, inclusive menor do que a devida caso o cálculo fosse procedido corretamente.

Todavia, no referente ao regime de execução, constata-se a ocorrência de constrangimento ilegal, que merece ser sanado de ofício, já que a sentença impôs a forma integralmente fechada para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente e o aresto impugnado assim a manteve.

Contudo, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 82.959/SP, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, permitindo a progressão de regime aos delitos hediondos e equiparados, em decisão assim ementada:

"PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE SER.

"A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

"PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.

"Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

"Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90".

Desse modo, tornou-se cabível a modificação do regime prisional aos condenados pela prática dos mencionados crimes, desde que presentes os pressupostos objetivo e subjetivo legalmente exigidos.

Por sua vez, a Lei n. 11.464/2007, alterou a redação do aludido dispositivo legal, estabelecendo que: *"A pena por crime previsto neste artigo será cumprida em inicialmente em regime fechado".*

Nesse contexto, a sentença condenatória contrariou o entendimento pacificado nesta Corte Superior, no sentido de que, após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, como é o caso do homicídio qualificado, e com a entrada em vigor da Lei n. 11.464/07, foi estabelecido o modo inicialmente fechado para o resgate da sanção corporal e afastado o óbice à execução progressiva da pena, incidindo, assim, em constrangimento ilegal, sanável *ex officio* através da via eleita.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE.

(...)

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, resta afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.

4. Ordem parcialmente concedida para afastar da condenação do Paciente a imposição do regime integral fechado, com a ressalva de que seja adotado o critério objetivo para a progressão de regime prisional previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal, ficando a aferição dos demais requisitos a cargo do Juiz da Execução Penal. (HC 63.391/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 15/09/2008)

Diante do exposto, denega-se a ordem, concedendo-se *habeas corpus* de ofício para fixar o modo inicialmente fechado para a execução da pena imposta ao paciente, afastando-se a impossibilidade de progressão de regime prisional.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0181566-2

HC 113698 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12001 3784953

EM MESA

JULGADO: 20/10/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MENÉSIO PINTO CUNHA JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANDRÉ ALVES DIAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

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, denegou a ordem e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 20 de outubro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário