



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.802 - SP (2010/0146933-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JOSENILSON DE BRITO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ALBENES DE AZEVEDO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. NEGATIVA DE AUTORIA. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO OBRIGATÓRIO. INAPLICABILIDADE. CRIME COMETIDO ANTES DA LEI N.º 11.464/07. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 33 E 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. PRIMARIEDADE. CABIMENTO DO REGIME MENOS GRAVOSO.

1. A pretendida reversão do julgado, por meio da acolhida da tese de negativa de autoria, afastada pelo veredicto soberano do Tribunal do Júri, é questão insuscetível de análise na presente via, pois, como é sabido e consabido, não se presta o *habeas corpus* para revolvimento de matéria fático-probatória.

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/07, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo se observar para a fixação do regime de cumprimento de pena o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência da Súmula Vinculante n.º 26 do Supremo Tribunal Federal.

3. Uma vez estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo, ainda, o Condenado, primário, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Hipótese em que deve ser aplicado o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, ao Paciente condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, pela prática de homicídio qualificado tentado, em 30 de janeiro de 2002.

5. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar o regime inicial aberto, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de maio de 2011 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.802 - SP (2010/0146933-1)

IMPETRANTE : JOSENILSON DE BRITO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ALBENES DE AZEVEDO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS ALBENES DE AZEVEDO, condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. art. 14, inciso II, do Código Penal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em sede de apelação.

Alega o Impetrante, em suma, que o Paciente deve ser absolvido, uma vez que não haveria sequer indícios da autoria, não tendo sido, também, realizado o exame de corpo de delito, ainda que indireto. Além disso, sustenta ser cabível a fixação de regime inicial menos gravoso.

Pede a absolvição do Paciente ou alternativamente, seja fixado o regime inicial aberto.

Deferida parcialmente a liminar (fls. 436/438), foram dispensadas as informações, por estarem os autos suficientemente instruídos.

O Ministério Público Federal opina pela concessão parcial da ordem (fls. 445/451).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.802 - SP (2010/0146933-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. NEGATIVA DE AUTORIA. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO OBRIGATÓRIO. INAPLICABILIDADE. CRIME COMETIDO ANTES DA LEI N.º 11.464/07. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 33 E 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. PRIMARIEDADE. CABIMENTO DO REGIME MENOS GRAVOSO.

1. A pretendida reversão do julgado, por meio da acolhida da tese de negativa de autoria, afastada pelo veredicto soberano do Tribunal do Júri, é questão insuscetível de análise na presente via, pois, como é sabido e consabido, não se presta o *habeas corpus* para revolvimento de matéria fático-probatória.

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/07, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo se observar para a fixação do regime de cumprimento de pena o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência da Súmula Vinculante n.º 26 do Supremo Tribunal Federal.

3. Uma vez estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo, ainda, o Condenado, primário, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Hipótese em que deve ser aplicado o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, ao Paciente condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, pela prática de homicídio qualificado tentado, em 30 de janeiro de 2002.

5. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar o regime inicial aberto, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Busca-se na presente impetração a absolvição do Paciente, por ausência de provas da autoria ou, alternativamente, a fixação do regime inicial aberto.

Inicialmente, o *habeas corpus* não pode, como se fosse um segundo recurso de apelação, analisar a argüida inocência do acusado ou a pretensa falta de provas da materialidade e autoria do crime para efeito da condenação, sobretudo se a instância ordinária, exatamente por reconhecer a idoneidade da prova colhida, restou convicta quanto à materialidade do crime e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

certeza da autoria.

A pretendida reversão do julgado, por meio da acolhida da tese de negativa de autoria, afastada pelo veredicto soberano do Tribunal do Júri, é questão insuscetível de análise na presente via, pois, como é sabido e consabido, não se presta o *habeas corpus* para revolvimento de matéria fático-probatória.

À propósito:

"HABEAS CORPUS. QUADRILHA OU BANDO ARMADO. ROUBO. LATROCÍNIO. FALSA IDENTIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA. EXCESSO DE PRAZO. CAUSA COMPLEXA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - A averiguação da alegada inocência do paciente requer profundo revolvimento fático-probatório, além de confundir-se com o próprio mérito da causa principal, de modo que não encontra amparo na via eleita. Precedentes.

II - Evidenciada a complexidade do feito e, ainda, que eventual demora não pode ser imputada ao juízo ou ao Ministério Público, afasta-se a alegação de excesso de prazo, em razão da aplicação do Princípio da Razoabilidade. Precedentes.

III - Ordem denegada." (HC 134.833/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010)

"HABEAS CORPUS. PACIENTE ABSOLVIDO DA IMPUTAÇÃO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO, HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO E ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (ARTS. 121, § 2º., IV, 121, CAPUT, C/C ART. 14, II, E ART. 157, § 2º., I, II E V, TODOS DO CPB). DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, § 3º. DO CPP). DETERMINAÇÃO, PELO TRIBUNAL A QUO, DE REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO NAS PROVAS TESTEMUNHAIS COLHIDAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Apresentou o Tribunal Bandeirante fundamentação idônea para a determinação de novo julgamento. Evidentemente que o cotejo entre uma e outra argumentação mostra-se de todo inadmissível na via do Habeas Corpus, que, por se tratar de ação de rito célere e de cognição sumária, demanda prova pré-constituída eficiente da pretensão deduzida, o que não ocorre na situação presente.

2. Infirmar os fundamentos consignados no acórdão impugnado com o objetivo de reconhecer que o julgamento foi contrário à prova dos autos é medida que não cabe em sede de Habeas Corpus, marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 74.832/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 22.09.08).

3. *Havendo determinação motivada de novo julgamento, não há falar em ofensa à soberania dos veredictos. Precedentes do STJ.*

4. *Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

5. *Ordem denegada.*" (HC 94.439/SP, 5ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ de 30/11/2009.)

A sentença fixou a pena-base no mínimo legal. Porém estabeleceu o regime o regime inicial fechado, nos seguintes termos:

"A pena será cumprida em regime inicial fechado, ante o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com nova redação dada pela Lei 11.464/07." (fl. 363)

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao apelo Defensivo.

Contudo, tal conclusão é contrária à súmula vinculante n.º 26 do Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o que se segue, no que interessa à presente causa:

"Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 [...]"

Com efeito, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/07, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo se observar para a fixação do regime de cumprimento de pena o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA. REGIME INICIALMENTE FECHADO - REINCIDÊNCIA – ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - PENA INFERIOR A QUATRO ANOS - REGIME SEMI-ABERTO – POSSIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA PARA MODIFICAR O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMI-ABERTO.

1- Se o réu tem a seu favor a análise das circunstâncias judiciais, sendo a pena inferior a quatro anos de prisão, mesmo tratando-se de reincidente, é possível a determinação do regime semi-aberto desde o início do cumprimento da reprimenda imposta (Súmula 269 do STJ).

2- Ordem concedida para modificar o regime de cumprimento de pena para o inicial semi-aberto." (HC 112.897/MG, 6ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA – Desembargadora Convocada do TJ/MG –, DJe de 24/11/2008.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. EXACERBAÇÃO INJUSTIFICADA. BIS IN IDEM. NULIDADE. REINCIDÊNCIA GENÉRICA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE.

1. *Evidenciada a afronta ao princípio da individualização das penas, uma vez que a pena-base foi agravada em razão do "passado criminoso" do Paciente e, na segunda fase, majorada em razão de sua reincidência, o que configura vedado bis in idem, porquanto existe apenas uma condenação anterior com trânsito em julgado.*

2. *Ao condenado reincidente que teve consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e cuja pena imposta for inferior a quatro anos de reclusão, aplica-se o regime prisional semi-aberto. Incidência da Súmula n.º 269, desta Corte.*

3. *A reincidência genérica não impede, por si só, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

4. *Em se tratando de condenação inferior a quatro anos, tendo o delito sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis, não se vislumbram motivos suficientes para impedir a conversão da pena privativa de liberdade imposta ao Paciente em restritiva de direitos.*

5. *Ordem parcialmente concedida para fixar a pena-base no mínimo legal e o regime semi-aberto de cumprimento de pena, e determinar a remessa dos autos ao Juízo das Execuções Criminais, a fim de que se proceda à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código de Processo Penal." (HC 115.047/SP, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 03/11/2008.)*

No caso, a prática delitiva ocorreu em 30 de janeiro de 2002 (fl. 231).

Nesse contexto, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser fixado em observância ao disposto nos arts. 33 e 59 do Código Penal.

Sendo as circunstâncias judiciais favoráveis e, observando-se o *quantum* da pena aplicada, é admissível iniciar o seu cumprimento no regime prisional aberto.

Com efeito, sendo o Condenado primário e, fixada a pena-base no mínimo legal, a decisão que lhe impôs o regime fechado para o cumprimento há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

A propósito:

"PENAL – HABEAS CORPUS – ROUBO MAJORADO POR DUAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS - AUMENTO COM BASE TÃO-SÓ NO QUANTITATIVO DAS CAUSAS DE AUMENTO – AUSÊNCIA DE OUTROS FUNDAMENTOS – IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. ORDEM CONCEDIDA PARA REDUZIR O AUMENTO PELAS MAJORANTES E SUBSTITUIR O REGIME INICIALMENTE FECHADO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PELO SEMI-ABERTO.

1- Omissis.

2- A escolha do regime fechado, mesmo no caso de roubo, deve ser concretamente fundamentada, principalmente se a dosagem final da pena permitir, em tese, regime menos grave.

3- A gravidade abstrata do crime, por si só, não pode levar à determinação do regime fechado inicialmente, pois esta já foi considerada na escala penal a ele cominada.

4- Ordem concedida para reduzir o aumento pelas majorantes específicas ao mínimo legal e substituir o regime inicialmente fechado pelo semi-aberto." (HC 92.150/SP, 6ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJ 25/02/2008.)

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual "se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese" (HC 72.315/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os verbetes da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

"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." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Destarte, no caso, em razão do *quantum* da pena, deve ser aplicado o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem, apenas para fixar o regime inicial aberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0146933-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 181.802 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11020047984 2562002 9615763 990090246103

EM MESA

JULGADO: 19/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSENILSON DE BRITO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ALBENES DE AZEVEDO

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.