



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.525 - RJ (2014/0239428-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : Z S A (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA. DOSIMETRIA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A condenação imposta ao Paciente pela prática do crime inserto no art. 214 do CP está devidamente fundamentada, notadamente na reprovabilidade da conduta, circunstâncias e consequências do crime, pois além do coito vagínico, também praticou-se a felação oral e, ainda, tendo o delito sido praticado mediante emprego de arma de fogo de modo a incrementar o risco a integridade física da vítima. Inviável, por outro lado, na via eleita, proceder ao revolvimento do material fático-probatório no intuito de desconstituir o édito condenatório.

IV - Verifico, portanto, que a condenação imposta ao paciente se revela proporcional e fundamentada, considerando-se que a pena abstratamente prevista para o crime de estupro, tipificado no art. 214 do Código Penal, é de reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

Ordem não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.525 - RJ (2014/0239428-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de ZENILSON SERAFIM ALVES, contra v. acórdão prolatado pela col. Terceira Câmara Criminal do eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** (Apelação nº 0003442-65.2012.8.19.0028).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no crime previsto no art. 213 do Código Penal, à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, tendo sido negado o direito de apelar em liberdade.

Irresignado, o paciente **interpôs recurso de apelação** pleiteando a sua absolvição, tendo o eg. Tribunal de origem, à unanimidade, desprovido o recurso. **In verbis**:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO NO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL.

Acusado constrangeu a vítima, mediante ameaças, sob a mira de arma de fogo, a manter com ele conjunção carnal, a levando para lugar distante e ermo.

Depoimentos da vítima e das testemunhas, aliados aos elementos adunados aos autos, convergindo no sentido único da manutenção da condenação.

Dosimetria e regime prisional bem aplicados.

Impossibilidade de redução da pena-base ao mínimo legal. As circunstâncias do crime autorizam a exasperação procedida. Art. 59 do CP.

Impossibilidade de afastamento da circunstancia agravante relacionada ao art. 61, II, "h", do CP. O apelante tinha conhecimento da gravidez da vítima.

Regime fechado mantido. Art. 33, §2º, "c", do CP.

Desprovimento do recurso. Unânime" (fl. 57).

Daí o presente **mandamus**, no qual aduz o impetrante a existência de constrangimento ilegal, buscando-se, assim, **a reforma da dosimetria da pena**, com a recondução da pena-base ao seu mínimo legal.

Informações prestadas às fls. 117-148.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 149-151, manifestou-se pelo não conhecimento do **mandamus**, ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.525 - RJ (2014/0239428-4)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA. DOSIMETRIA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A condenação imposta ao Paciente pela prática do crime inserto no art. 214 do CP está devidamente fundamentada, notadamente na reprovabilidade da conduta, circunstâncias e consequências do crime, pois além do coito vagínico, também praticou-se a felação oral e, ainda, tendo o delito sido praticado mediante emprego de arma de fogo de modo a incrementar o risco a integridade física



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da vítima. Inviável, por outro lado, na via eleita, proceder ao revolvimento do material fático-probatório no intuito de desconstituir o édito condenatório.

IV - Verifico, portanto, que a condenação imposta ao paciente se revela proporcional e fundamentada, considerando-se que a pena abstratamente prevista para o crime de estupro, tipificado no art. 214 do Código Penal, é de reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

Ordem não conhecida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

A sentença, no que tange à dosimetria da pena, estabeleceu:

"Ante a condenação do réu, passa-se à dosimetria da pena, bastante para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a reprovação e prevenção dos crimes, consoante o método trifásico previsto no artigo 68 do CP.

Na primeira fase, atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, observa-se que a culpabilidade do réu não é a normal para o injusto praticado, pois além do coito vaginal também praticou a felação oral, o que faz aumentar a reprovabilidade da conduta.

As circunstâncias e as consequências do crime, da mesma forma, recomendam a exasperação da reprimenda. Não se pode ignorar o fato de que a prática delituosa se deu com o emprego de arma de fogo, o que faz aumentar a gravidade da conduta, diante da maior risco a integridade física a que ficou submetida a ofendida.

Ademais, o abuso sexual perpetrado pelo acusado submeteu a vítima a intensa humilhação, posto que foi realizado em uma casa abandonada, sob entulhos de obras. Note-se que as consequências são nefastas para a vítima, considerado o trauma decorrente dos abusos perpetrados.

O réu é primário e não ostenta tecnicamente maus antecedentes. Apesar da FAC do acusado (fls. 184-187) apontar a existência de outros processos penais em curso, comungo do entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que apenas a existência de sentença condenatória transitada em julgado, inidônea para forjar a reincidência, pode ensejar a caracterização de maus antecedentes para elevação da pena-base.

Note-se que a Constituição da República, em seu art. 50, LVII, consagra o princípio da presunção de não-culpabilidade como garantia fundamental do indivíduo. Logo, a formulação, contra o sentenciado, de juízo de maus antecedentes, para os fins e efeitos a que se refere o art. 59 do Código Penal, não pode apoiar-se na mera instauração de inquéritos policiais em andamento ou arquivados), na simples existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, porque inexistente, em tal contexto, título penal condenatório definitivamente constituído.

Não disponho de elementos seguros, nem conhecimento técnico em psicologia, que me permitam afirmar negativamente sua personalidade ou conduta social. Os motivos do crime em exame, não concorrem para o recrudesimento da sanção. O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do crime.

Assim, por força da valoração negativa da culpabilidade do réu, das circunstâncias e das consequências do crime, eleva-se a pena-base em dois anos, fixando-a em 08 (oito) anos de reclusão.

Na segunda fase, observo que o acusado praticou o crime com a vítima grávida, situação de conhecimento do réu, pelo que incide na hipótese a agravante do art. 61, II, "h", do CP. Em consequência, exaspero a pena em 1/6 (um sexto), acomodando-a no patamar intermediário de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na terceira fase, não vislumbro a presença de causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, pelo que fixo a pena final pelo estupro em 09 (NOVE) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO.

Fixo o REGIME FECHADO para início do cumprimento da pena, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da regra do art. 33, §2º, alínea 'a', do CP. [...]” (fls. 42-43 - grifo nosso).

O eg. Tribunal de origem, ao examinar a reprimenda fixada, em grau de apelação, asseverou:

"A dosimetria não merece reparos, eis que bem dosada.

O Magistrado a quo entendeu:

[...]

Não há que se falar em redução da pena-base ao mínimo legal. O sentenciante justificou de forma escorreita o aumento procedido, sendo certo que as consequências e circunstâncias do crime autorizam a exasperação da pena, de acordo com o art. 59 do CP.

Ainda que se ponha em dúvida a circunstância do local da prática do delito (casa abandonada), é certo que o apelante não se limitou a prática da conjunção carnal. Para alguns, atos libidinosos em conjunto com o coito vagínico configuram os chamados “praeludia coiti” e não admitem por isso denúncia como atos libidinosos diversos da conjunção carnal (art. 213, 2ª parte, do CP), pelo que devem ser levados em conta na fixação da pena-base acima do mínimo legal.

O mesmo deve ser dito quanto ao uso de arma de fogo no constrangimento do risco muito mais acentuado para vítima. Não estou inovando em apurar circunstâncias desfavoráveis (2), mas apenas, detalhando aquelas já existentes, relatadas de modo sucinto pelo Magistrado.

Ressalto que o apelante tinha uma rota de fuga após cada crime bem eficiente, uma moto sem placa, de difícil identificação, demandando um planejamento eficaz na prática criminosa.

Não se vê nenhuma injustiça no acréscimo da pena-base.

A circunstância agravante da pena relacionada ao art. 61, II, “h”, do CP, não deve ser afastada, na medida em que a vítima advertiu o réu sobre sua condição de gestante, tendo este, portanto, o inequívoco conhecimento da gravidez.

O regime prisional igualmente não deve ser alterado, eis que o fechado é o único pertinente ao caso em comento. Art. 33, §2º, “c”, do CP” (fls. 69-72).

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se **não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório** e se se tratar de **flagrante ilegalidade**. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O exame das decisões acima transcritas evidencia, a meu ver, a ausência de violação ao art. 59 do Código Penal, uma vez que analisadas as circunstâncias judiciais do caso, aumentou-se a pena acima no mínimo legal em 2 (dois) anos, (totalizando 8 anos de prisão) ante, **primeiro**, a reprovabilidade da conduta consubstanciada na felação oral, além do coito vagínico; **segundo**, a circunstância do crime que se deu com emprego de arma de fogo, de forma a aumentar a gravidade da conduta e o risco a integridade física da vítima e; **terceiro**, a consequência do crime relativa ao local em que realizada a conduta delituosa.

Já, na segunda fase da dosimetria da pena, ante a incidência da agravante do art. 61, II, 'h', do CP, a reprimenda foi exasperada em 1/6, de modo a aumentar a pena em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, totalizando 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses.

Nesse sentido, entendo inexistir, **in casu**, considerações genéricas, abstrações ou utilização de dados integrantes da própria conduta tipificada com o intuito de supedanear qualquer elevação da reprimenda, de forma que, não visualizo flagrante ilegalidade na dosimetria da pena.

Assim, verifico que a condenação imposta ao paciente se revela proporcional e fundamentada, considerando-se que a pena abstratamente prevista para o crime de estupro, tipificado no art. 214 do Código Penal, é de reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

Por fim, ressalto oportunamente que análise mais aprofundada acerca do tema implicaria amplo revolvimento da matéria fático-probatória, situação vedada em sede de **habeas corpus**.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0239428-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.525 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034426520128190028 00333737020128190204 333737020128190204
34426520128190028

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : Z S A (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.