



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.438 - SC (2014/0301385-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LAIS FRANCCIELE DE ASSUMPCAO WAGNER
ADVOGADO : LAIS FRANCCIELE DE ASSUMPCÃO WAGNER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : A B (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTO IDÔNEO. REGIME PRISIONAL FECHADO HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA APLICADA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E NÃO EXCEDENTE A 8 (OITO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A vulnerabilidade da vítima com retardo mental revela maior desvalor da ação e justifica a exasperação da pena-base no crime de estupro de vulnerável baseado na idade da vítima, menor de 14 (catorze) anos. Hipótese em que uma circunstância de vulnerabilidade foi utilizada para a tipificação penal e outra na análise das circunstâncias judiciais.

3. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, razão pela qual não faz jus a regime inicial diverso do fechado.

5. *Habeas corpus* não conhecido.



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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.438 - SC (2014/0301385-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LAIS FRANCKE DE ASSUMPCAO WAGNER
ADVOGADO : LAIS FRANCKE DE ASSUMPCÃO WAGNER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : A B (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de A. B. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (HC n. 2014.060055-9).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 214, *caput*, c/c 224, alínea *a*, ambos do Código Penal (e-STJ fls. 67/72).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte local, oportunidade em que sustentou, dentre outras teses, que a pena aplicada possui erro manifestamente ilegal no que tange ao aumento empregado na primeira fase da dosimetria, pois carente de fundamentação, além da ilegalidade no regime inicial fechado, fixado com base na hediondez do delito. O Tribunal estadual, embora não tenha conhecido da ordem, enfrentou as teses suscitadas (e-STJ fls. 132/136), em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. PRETENDIDA NULIDADE DA INTIMAÇÃO EDITALÍCIA DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. INOCORRÊNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADOS AOS ENDEREÇOS CONSTANTES NOS AUTOS QUE RESULTARAM NEGATIVOS. EDITAL DE INTIMAÇÃO NA FORMA DA LEI PROCESSUAL. EIVA RECHAÇADA. PRETENSÃO DE REFORMA DA PENA APLICADA E DE MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO WRIT COMO AÇÃO SUBSTITUTIVA DA REVISÃO CRIMINAL. ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA E NA FIXAÇÃO DO REGIME NÃO VERIFICADA. VIA ELEITA INADEQUADA. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO.

Nas razões do presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/7), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs ao paciente flagrante constrangimento ilegal, pois: *a)* houve exasperação da pena-base sem nenhum fundamento para tal; e *b)* o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade se deu apenas com base na hediondez do delito.

Ao final, pede a concessão da ordem de *habeas corpus* para que cesse o constrangimento ilegal apontado na impetração.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 139/141).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 148/149, entendendo que o regime imposto ao paciente encontra fundamentação idônea na sentença, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.438 - SC (2014/0301385-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. 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.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal e no estabelecimento do regime inicial fechado com base apenas na hediondez do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segue a fundamentação constante da sentença condenatória, no que interessa (e-STJ fls. 71/72):

Tal conduta encontra adequação típica no artigo 214, caput, c/c art. 224, alínea "a", ambos do Código Penal, com a redação anterior à Lei n. 12.015/2009, uma vez que o réu praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal em pessoa menor de 14 anos, o que faz incidir a presunção de violência no ato.

[...]

*Passo, doravante, à **dosimetria da pena**.*

*No que tange às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifico que a **culpabilidade** do réu, como grau de reprovabilidade de sua conduta, é normal à espécie. Não possui **antecedentes**, já que somente podem ser considerados como tal condenações transitadas em julgado que não importem reincidência. Nada há que desabone sua **conduta social**. A **personalidade** do réu não foi apurada. Os **motivos do crime** não foram outros senão a vontade do réu de satisfazer a própria concupiscência, inerentes ao tipo. As **circunstâncias do crime** denotam maior reprovabilidade, mormente porque o acusado aproveitou-se do fato da vítima possuir retardo mental moderado a grave, conforme declaração média acostada à fl. 142, o que deve ser levado em consideração para majorar a pena-base. Não foi apurado que o crime tenha resultado **consequências** mais graves do que normalmente acontece, não obstante seja drástica, especialmente no aspecto psicológico da vítima, mas que decorrem do próprio fato. O **comportamento da vítima** em nada contribuiu para a conduta do acusado.*

Considerando as circunstâncias supra analisadas, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes, tampouco causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição da pena, daí porque torno definitiva a reprimenda suso fixada.

Ante o exposto, julgo procedente a denúncia para o fim de DAR o réu ALBERTO BERTINATTI, qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 214, caput, c/c art. 224, alínea "a", ambos do Código Penal, na redação anterior à Lei n. 12.015/2009, e em consequência condená-lo ao cumprimento de 07 (sete) anos de reclusão.

O réu cumprirá a pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, por se tratar de crime hediondo. Porém, será permitida a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, já que o fato foi praticado antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 (enunciado 471 da súmula do STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As teses ora sustentadas foram refutadas pela Corte estadual, conforme segue (e-STJ fls. 135):

Ainda, em análise as demais pretensões, verifica-se que, buscam os impetrantes discutirem a fundamentação da decisão condenatória já transitada em julgado, insurgindo-se contra a condenação - sob o argumento de que careceu de fundamentação a aplicação da pena ao paciente -, bem como à fixação do regime, o que não reflete a verdade dos autos.

Pelo contrário, da própria sentença extrai-se que o Magistrado fundamentou o aumento empregado e o regime de pena aplicado, sem que houvesse qualquer ilegalidade ou abuso.

Assim, não há qualquer constrangimento ilegal a ser reconhecido para justificar a propositura da presente ação constitucional, tendo em vista que a decisão penal condenatória encontra-se escorreita.

Assim, na espécie, verifica-se que a exasperação da pena-base restou devidamente justificada pela maior vulnerabilidade da vítima, portadora de retardo mental moderado a grave, circunstância que não foi utilizada para a configuração do ilícito penal, haja vista que a presunção de violência decorreu de outra circunstância, qual seja, a idade da vítima inferior a 14 (catorze) anos.

Entretanto, no que toca ao regime prisional, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO TENTADO. REGIME PRISIONAL FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, concluiu ser possível, o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

IV - A hediondez do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e §3º, do CP (precedentes).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena.

(HC 311.618/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 24/6/2015)

Traçadas essas balizas e constatado que o Juízo de primeiro grau fixou o regime inicial fechado com fundamento exclusivo na hediondez do delito, decisão mantida pela Corte estadual, conforme ressaí das transcrições supra, resulta imperativo aferir os requisitos previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, razão pela qual não faz jus a regime inicial diverso do fechado.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0301385-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 309.438 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 019050004741 19050004741 20140600559

EM MESA

JULGADO: 01/09/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LAIS FRANCIELE DE ASSUMPCAO WAGNER
ADVOGADO : LAIS FRANCIELE DE ASSUMPÇÃO WAGNER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : A B (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.