



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 452.738 - PI (2018/0130736-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GEOVANI PORTELA RODRIGUES BEZERRA E OUTRO
ADVOGADOS : GLEUTON ARAÚJO PORTELA - CE011777
GEOVANI PORTELA RODRIGUES BEZERRA - PI008899
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ
PACIENTE : J F DOS S (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE DO AGENTE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MANTIDOS. PENA-BASE INALTERADA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA DECLINADA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. REGIME FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória. Precedentes.

4. Considerando que a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, no caso dos autos, o fato de o agente ter se valido da confiança da família da vítima para entrar em sua residência e praticar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime, permite, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

5. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, "a fundamentação de caráter genérico ou que utiliza elementares do tipo penal não se presta para considerar como negativas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal." (REsp 1094793/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 12/06/2013).

6. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se eskorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, as possíveis consequências negativas que o delito causará à vítima, como citado na sentença, caracteriza-se como circunstância inerente ou comum aos delitos de estupro, do mesmo modo que a "enorme chaga psíquica deixada na vítima", foi explicitada no aresto impugnado sem que tenha sido demonstrada, de forma concreta sua existência, não justifica a majoração da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

7. Em pese tenha sido imposta reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, tratando-se de réu com circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há que se falar em fixação do regime prisional semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "b", c/c § 3º, do Estatuto Repressor.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a consideração das consequências do crime como circunstância desfavorável e reduzir a pena imposta ao paciente para 7 anos de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 452.738 - PI (2018/0130736-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GEOVANI PORTELA RODRIGUES BEZERRA E OUTRO
ADVOGADOS : GLEUTON ARAÚJO PORTELA - CE011777
GEOVANI PORTELA RODRIGUES BEZERRA - PI008899
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ
PACIENTE : J F DOS S (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **J. F. DOS S.** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 213, c/c art. 224, "a", ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 27-34).

Interposta apelação, o Colegiado de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo, apenas para afastar as circunstâncias desfavoráveis da conduta social, personalidade e motivos do crime. O aresto restou assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADA - PROVAS ROUBUSTAS. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA RESTOU SOBEJAMENTE COMPROVADA. DOSIMETRIA DA PENA. REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ELENCADAS NO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (e-STJ, fl. 35).

Neste *writ*, os impetrantes alegam a ocorrência de *reformatio in pejus*, uma vez que a Corte Estadual, ao julgar o apelo exclusivo da defesa, apesar de ter afastado três circunstâncias judiciais desfavoravelmente valoradas, manteve a pena imposta ao paciente.

Aduz que “deverá haver a exclusão da valoração negativa das circunstâncias do delito, haja vista a dupla valoração negativa pelo Tribunal ad quem da confiança da família da vítima para perpetração do ilícito, devendo ser rechaçado tal recrudescimento a fim de se evitar a incidência de bis in idem” (e-STJ, fl. 17).

Assevera, por fim, que não foi explicitado no que consistiu o suposto abalo psicológico causada à vítima, razão pela qual deve ser afastada a circunstância judicial referente às consequências do delito.

Requer a concessão da ordem, liminarmente, para suspender o cumprimento da pena imposta ao paciente até o julgamento definitivo deste *writ* e, no mérito, que seja reconhecida a ilegalidade do acórdão, para que seja reduzida a pena imposta ao paciente.

Indeferida a liminar (e-STJ, fl. 50), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (e-STJ, fls. 75-79).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 452.738 - PI (2018/0130736-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GEOVANI PORTELA RODRIGUES BEZERRA E OUTRO
ADVOGADOS : GLEUTON ARAÚJO PORTELA - CE011777
GEOVANI PORTELA RODRIGUES BEZERRA - PI008899
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ
PACIENTE : J F DOS S (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE DO AGENTE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MANTIDOS. PENA-BASE INALTERADA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA DECLINADA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. REGIME FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória. Precedentes.

4. Considerando que a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, no caso dos autos, o fato de o agente ter se valido da confiança da família da vítima para entrar em sua residência e praticar o crime, permite, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

5. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, "a fundamentação de caráter genérico ou que utiliza elementares do tipo penal não se presta para considerar como negativas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal." (REsp 1094793/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 12/06/2013).

6. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, as possíveis consequências negativas que o delito causará à vítima, como citado na sentença, caracteriza-se como circunstância inerente ou comum aos delitos de estupro, do mesmo modo que a "enorme chaga psíquica deixada na vítima", foi explicitada no aresto impugnado sem que tenha sido demonstrada, de forma concreta sua existência, não justifica a majoração da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

7. Em pese tenha sido imposta reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, tratando-se de réu com circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há que se falar em fixação do regime prisional semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "b", c/c § 3º, do Estatuto Repressor.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a consideração das consequências do crime como circunstância desfavorável e reduzir a pena imposta ao paciente para 7 anos de reclusão, mantido o regime prisional fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão da apelação, respectivamente:

"[...] CRIME DE ESTUPRO

Considerando a culpabilidade comprovada sendo a conduta do réu altamente reprovável;

Considerando a ausência de antecedentes criminais nos autos;

Considerando a conduta social não é boa respondendo também o réu por crime de violência doméstica;

Considerando que sua personalidade apresenta desvios para o crime e se vale de superioridade de forma para subjugar vítimas mulheres;

Considerando que os motivos do crime não favorecem ao réu;

Considerando as circunstâncias desfavoráveis em que o crime foi praticado;

Considerando que o crime trará para a vítima consequências negativas;

Considerando ainda que a vítima não contribui com seu comportamento para a prática do delito;

Fixo-lhe a pena -base em 8 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes.

Não foram reconhecidas causas de aumento ou diminuição de pena.

Fixo dessa forma a pena definitiva em 8 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Fixado o quantum da pena definitiva, para o início do cumprimento da pena defino o regime FECHADO (alínea "a", §2º, do art. 33 do CP)." (**e-STJ, fl. 34**).

"[...] De outro giro, não merece nenhum reparo a pena fixada na sentença.

A pena -base foi fixada em 08 (oito) e 06 (seis) meses de reclusão, em razão do magistrado sentenciante considerar como desfavoráveis a culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime.

Código Penal, permite-se ao magistrado, na dosimetria da pena, dosar discricionariamente, dentro dos parâmetros legais, os oito requisitos previstos no dispositivo legal.

Nesse diapasão, já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no sentido de que "A dosimetria da pena obedece a certa discricionariedade, porque o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação (AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 499.333 - SP, Relator: Min. MOURA RIBEIRO - QUINTA TURMA, julgado em 07 de agosto de 2014)".

Assim, entendo adequado o aumento da pena -base pela culpabilidade do agente, considerada de reprovabilidade acentuada, uma vez que se valeu da confiança da família da vítima.

No tocante ao vetor conduta social do agente, este diz respeito ao papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, etc., devendo ser observado o comportamento do réu em sociedade.

A vida pregressa do indivíduo (processos em andamento, registros policiais e inquéritos) não se prestam a valorar negativamente essa circunstância, segundo remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Neste contexto, haja vista a consideração equivocada procedida pelo magistrado sentenciante, afasto a valoração negativa do vetor conduta social.

Também, não há elementos para aferir a personalidade do réu.

Os motivos são inerentes à espécie, qual seja, a satisfação da lascívia.

No que diz com as circunstâncias que envolveram a infração, correta a avaliação do magistrado singular, diante da forma ousada com que o fato foi praticado, tendo em vista que o réu utilizava-se do próprio lar da vítima, para a prática do crime, no momento em que os familiares desta se ausentavam da residência.

As consequências são, de fato, gravíssimas, diante da enorme chaga psíquica deixada na vítima.

Pelo exposto, em que pese a sentença recorrida tenha equivocadamente valorado os vetoriais da conduta social, personalidade e motivos, vislumbro que a pena -base fixada, afastada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses em relação ao mínimo legal para a espécie delitiva, mostra-se adequada ao caso concreto, razão pela qual mantenho a pena base fixada.

Na 2a. fase, inexistem agravantes ou atenuantes a serem consideradas, bem como na 3a. fase, inexistentes causas de aumento ou diminuição da pena, a pena definitiva foi fixada bem próximo do mínimo legal, em 08 anos e 06 (seis) meses de reclusão, tudo fundamentada nas diretrizes do Código Penal.

Vale frisar, que o efeito devolutivo do recurso de apelação, autoriza o Tribunal, ainda que em recurso exclusivo da defesa, rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória, com nova ponderação acerca dos fatos e das circunstâncias judiciais, permitindo o redimensionamento da pena. Nesse caso, a existência de prejuízo deve ser aferida apenas em relação ao quantum final da reprimenda.

In casu, não ficou configurada a ocorrência da reformatio in pejus, pois a pena, após ser redimensionada, com observância do critério trifásico de individualização, não ficou definida em patamar superior ao estabelecido pelo Juízo monocrático." (e-STJ, fls. 39-42).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

A pena-base do paciente foi fixada acima do mínimo legal por terem sido desfavoravelmente consideradas a culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime.

A defesa sustenta a ocorrência de *reformatio in pejus*, em razão de a Corte Estadual ter mantido a pena final imposta ao paciente, apesar de ter afastado três circunstâncias judiciais desfavoravelmente valoradas.

No caso dos autos, a Corte Estadual afastou as circunstâncias judiciais referentes à conduta social, personalidade do agente e motivos do crime, mantendo como desabonadoras a culpabilidade, as circunstâncias do crime e suas consequências. Apesar disso, manteve o aumento efetivado na primeira fase da dosimetria e, por consequência, a pena definitivamente fixada ao paciente.

A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - *In casu*, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, bem como no seu histórico criminal, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas.

IV - A jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

V - Na hipótese, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, como na espécie, em que a reprimenda imposta ao paciente se restou inalterada.

VI - É entendimento desta Corte que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, não configura bis in idem. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE n. 666.334/RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 6/5/2014).

VII - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

VIII - *In casu*, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, lastreada nas circunstâncias judiciais desfavoráveis, ante a grande quantidade de entorpecentes apreendidos, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art.

42 da Lei n. 11.343/06.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 564.108/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/5/2020, DJe 19/5/2020, grifou-se);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO E SUBMISSÃO DE ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE OFENSA À VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO, NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA, DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME MAIS GRAVOSO COM FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA DA EMPREGADA PELO JUIZ SINGULAR. SITUAÇÃO FINAL DO ACUSADO NÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o número de infrações cometidas deve ser considerado quando da escolha da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva, dentre os parâmetros previstos no caput do art. 71 do Código Penal, sendo 1/6 para a hipótese de dois delitos até o patamar máximo de 2/3 para o caso de 7 infrações ou mais.

2. Na hipótese, foi considerado não apenas o número de vítimas (3 adolescentes), mas também o período em que elas permaneceram na casa de prostituição (de setembro a 11 de outubro de 2013). Assim, assentado pelas instâncias ordinárias que o paciente praticou o crime de forma continuada, por diversas vezes, contra 3 diferentes vítimas, embora não seja possível precisar o número exato de infrações, não há falar em ilegalidade na adoção da fração de 1/2 de aumento e, em consequência, inexistente constrangimento ilegal a ser reparado pela presente via.

3. Definiu a jurisprudência desta Corte que, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária a apresentação de fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

4. No presente caso, apesar de ser o paciente primário, e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, o Tribunal de origem apresentou motivação idônea para o recrudescimento do regime, uma vez que as circunstâncias do delito, praticado contra 3 vítimas, por considerável período de tempo, justificam o regime mais gravoso.

5. Nos termos da jurisprudência firme desta Corte Superior, não há se falar em *reformatio in pejus*, quando o Tribunal local, em sede de apelação exclusiva da defesa, inova na fundamentação empregada na dosimetria ou na fixação do regime prisional inicial, sem, contudo, agravar a situação final do condenado.

6. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 555.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2020, DJe 30/4/2020, grifou-se).

No tocante à culpabilidade do agente, a circunstância deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso dos autos, o fato de o agente ter se valido da confiança da família da vítima para entrar em sua residência e praticar o crime, permite, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

E o abuso de confiança não se confunde com as razões que levaram à majoração da reprimenda pelas circunstâncias do crime, a qual foi embasada na forma ousada utilizada na prática delitiva, uma vez que o paciente aguardou o momento em que os familiares da vítima se ausentaram, para adentrar na residência, acordá-la e praticar conjunção carnal com a menor, não havendo que se falar, portanto, em *bis in idem*.

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal.

De acordo com o entendimento desta Corte Superior, "a fundamentação de caráter genérico ou que utiliza elementares do tipo penal não se presta para considerar como negativas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal." (REsp 1094793/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 12/06/2013).

No presente caso, observa-se que a sanção básica foi indevidamente majorada, pois, as possíveis consequências negativas que o delito causará à vítima, como citado na sentença, caracteriza-se como circunstância inerente ou comum aos delitos de estupro.

Ademais, a "enorme chaga psíquica deixada na vítima" foi explicitada no aresto impugnado sem que tenha sido demonstrada, de forma concreta sua existência, tanto que não consta dos autos laudo psicológico conclusivo a este respeito, tampouco depoimento da vítima ou de testemunhas acerca de efetivo abalo psicológico, não justifica a majoração da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. READEQUAÇÃO TÍPICA. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. *BIS IN IDEM*. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de aplicação do art. 215-A do Código Penal na hipótese de estupro de vulnerável, porquanto a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima (AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 1º/3/2019).

- Ressalvado meu ponto de vista quanto à possibilidade de desclassificação do tipo penal do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do Código Penal, acompanho o entendimento de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade de desclassificação, quando se tratar de vítima menor de 14 anos, concluindo-se ser inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14 anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.225.717/RS, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019) - (AgRg no AREsp 1508273/SC, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 12/9/2019).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

4. As instâncias antecedentes não indicaram elementos concretos capazes de justificar a avaliação negativa da personalidade e das consequências do crime, limitando-se a fazer afirmações genéricas, insuficientes para supedanear o acréscimo decorrente dessas duas circunstâncias, razão pela qual devem ser excluídas do cálculo da pena-base.

5. O fato de o autor ter se aproveitado do relacionamento amoroso mantido com a avó da vítima para, com abuso de confiança, cometer os delitos imputados confunde-se com os elementos que dão fundamento à agravante descrita no art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, devendo o acréscimo decorrente das circunstâncias do crime ser removido do cômputo da sanção.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena, nos termos do voto." (HC 553.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 3/3/2020, DJe 9/3/2020, grifou-se).

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECURSO MINISTERIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ABALO PSICOLÓGICO. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É assente nesta Corte Superior que a pena-base pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada.

2. Da mesma forma, "esta Corte Superior de Justiça tem entendido que a referência inespecífica à ocorrência de trauma psicológico não é razão bastante para a valoração negativa das consequências do crime de estupro, uma vez que algum abalo psicológico é elemento ínsito ao tipo penal em comento" (AgRg no HC 455.454/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018)." (HC 468.010/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 11/06/2019)

3. Agravo desprovido." (AgRg no AREsp 1495986/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 3/9/2019, DJe 17/9/2019, grifou-se).

Nesse passo, resta evidenciada flagrante ilegalidade em relação à primeira fase da dosimetria, da qual devem ser afastadas as consequências do crime.

Contudo, mantendo-se como desfavoráveis a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, deve a pena-base ser mantida acima do mínimo legal. Considerando o aumento ideal de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde, no caso do estupro praticado no ano de 2000, a 4 anos, chega-se ao incremento de cerca de 6 por cada vetorial desabonadora. Assim, permanecendo como desfavoráveis duas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais, deve a pena ser fixada em 7 anos de reclusão na primeira etapa do critério dosimétrico, a qual se torna definitiva, ante a ausência de agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena.

Por fim, em pese tenha sido imposta reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, tratando-se de réu com circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há que se falar em fixação do regime prisional semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "b", c/c § 3º, do Estatuto Repressor.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, a fim de afastar a consideração das consequências do crime como circunstância desfavorável e reduzir a pena imposta ao paciente para 7 anos de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0130736-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 452.738 / PI
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000600820008180030 2015000100315358 600820008180030

EM MESA

JULGADO: 04/08/2020
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GEOVANI PORTELA RODRIGUES BEZERRA E OUTRO
ADVOGADOS : GLEUTON ARAÚJO PORTELA - CE011777
 GEOVANI PORTELA RODRIGUES BEZERRA - PI008899
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ
PACIENTE : J F DOS S (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.