



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.259 - RS (2016/0040663-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GABRIEL BIAZI E OUTRO
ADVOGADO : GABRIEL BIAZI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : L F DOS S (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EXASPERAÇÃO INDEVIDA. PENA REDIMENSIONADA. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, às consequências próprias do ilícito e outras generalizações sem suporte em dados concretos, não podem ser utilizados para aumentar a pena-base. Precedentes.

4. No caso, constata-se que a pena-base foi indevidamente exasperada, pois a consciência da ilicitude, o fato de o crime ter sido praticado enquanto o acusado se encontrava sozinho com a vítima menor e o trauma imposto às vítimas de estupro, embora sobejamente graves, são circunstâncias inerentes ou comuns aos delitos de estupro de vulnerável.

5. Embora seja possível identificar, compulsando os autos, que as consequências do crime foram efetivamente mais danosas, na medida em que a vítima foi abusada pelo padrasto, o que gera maiores



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

implicações psicológicas e insegurança no seio familiar, o desvalor dessa circunstância foi sopesado na terceira fase da dosimetria, mediante a incidência da causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal, razão pela qual não poderia ser concomitantemente valorada na fixação da pena-base, sob pena de *bis in idem*. Precedente da Quinta Turma.

6. Permanecendo a pena do paciente em patamar superior a 8 anos de reclusão, fica mantido o regime inicial fechado.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.259 - RS (2016/0040663-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : GABRIEL BIAZI E OUTRO
ADVOGADO : GABRIEL BIAZI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : L F DOS S (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de L. F. DOS S. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 70048667067).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 214, *caput* c/c 224, *a*, do Código Penal, incidente a majorante prevista no art. 226, inciso II, do mesmo estatuto (e-STJ fls. 13/26).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 27/35), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS.

Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram a materialidade e a autoria do crime de atentado violento ao pudor, revelando que o réu constrangeu a vítima à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Na oportunidade, o acusado exigiu que a ofendida, com onze anos de idade, tirasse a roupa e depois a segurou a força, para que pudesse beijá-la e passar a mão em seus seios, nádegas e vagina.

PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA.

É assente na jurisprudência que, em se tratando de crimes sexuais, a palavra da vítima reveste-se de vital importância, sendo, muitas vezes, a única prova a determinar a condenação do réu. Isso porque, pela sua natureza, tais infrações normalmente são cometidas de forma clandestina, longe dos olhos de qualquer testemunha. Assim, firme, coerente e sem razões para imputar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

falsamente a prática dos fatos ao acusado, não há como tal ser desconsiderada, a não ser que haja prova robusta em sentido contrário, o que incorre na hipótese dos autos.

CARÁTER HEDIONDO.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos em quaisquer de suas formas – simples, qualificada ou, ainda, com violência presumida.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/10), os impetrantes sustentam que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois a Corte local manteve sentença que exasperou a pena-base de forma indevida, na medida em que utilizados fundamentos configuradores do próprio tipo penal.

Ao final, liminarmente e no mérito, pedem o redimensionamento da pena do paciente.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 45/47).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 54/61, opinou pela denegação da ordem, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS . PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – REDIMENSIONAMENTO DA PENA – IMPROCEDÊNCIA. PACIENTE PADRASTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.259 - RS (2016/0040663-2)

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, de início, 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, em síntese, o redimensionamento da pena do paciente, sob o argumento de que a pena foi indevidamente exasperada na primeira fase da dosimetria, pois baseada em circunstâncias inerentes ao tipo penal.

Como cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discrecionariade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, às consequências próprias do ilícito e outras generalizações sem suporte em dados concretos, não podem ser utilizados para aumentar a pena-base. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MAJORAÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE APELAÇÃO MINISTERIAL.

[...]

2. 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.

3. As assertivas de que a culpabilidade é altamente reprovável, de que a personalidade não é boa e a de que a conduta causou trauma às vítimas, desacompanhadas de outros elementos concretos, têm natureza genérica, motivo pelo qual não constituem fundamento apto para exasperar a pena-base.

4. A satisfação da lascívia, utilizada para considerar como negativos os motivos e as circunstâncias do crime, constitui elementar do crime de estupro, não se prestando para exasperar a pena-base. Ocorrência, ainda, de bis in idem.

5. Mostra-se inapropriada a utilização do fato de as vítimas serem menores de idade, do qual se lançou mão para considerar como negativas as circunstâncias do crime, uma vez que se cuidou de condenação por estupro com violência presumida (antigo art. 224, a, do CP), em que a menoridade é inerente ao próprio delito.

[...]

8. Recurso especial improvido. (REsp 1.094.793/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 12/6/2013).

[...] DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. CONDUTA SOCIAL E MOTIVOS DO CRIME NEGATIVOS COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

2. A conduta social do paciente e os motivos do crime foram negativamente valorados com base em fundamentos concretos, justificando o acréscimo de reprimenda na primeira fase da dosimetria.

3. Não é dado ao juiz sentenciante se utilizar de circunstâncias e consequências inerentes ao tipo violado para elevar a reprimenda imposta ao paciente.

[...]

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, e fixar o modo inicialmente fechado para a execução da reprimenda, afastando-se a impossibilidade de progressão de regime prisional. (HC 217.520/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 12/6/2013).

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Juízo sentenciante para fixar a pena do paciente (e-STJ fl. 25):

Luciano Ferreira dos Santos agiu com reprovabilidade de alta intensidade, visto que tinha consciência do ilícito, podia e devia ter agido de modo diverso, pelo que a circunstância da culpabilidade não lhe favorece. É primário, conforme certidão de fl. 161. Sua conduta social foi abonada nos autos. Nada há nos autos sobre sua personalidade. Os motivos, a satisfação da lascívia, inerente ao tipo incriminador; as circunstâncias não lhe favorecem, visto que agia quando se encontrava sozinho na companhia da vítima, enquanto sua esposa saía para trabalhar e as crianças menores dormiam. As consequências foram significativas, à medida que a vítima sofreu grave abalo psicológico por ter sido violentada, trauma que lhe acompanhará por toda a sua vida; o comportamento da vítima não contribuiu para o fato, razões pelas quais, atendidas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão.

Incidindo a causa de aumento de pena do artigo 226, inciso II, do Código Penal, uma vez que o réu é padrasto da vítima, majoro a pena de metade, deixando-a definitiva em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, face à ausência de outras causas de aumento ou diminuição de pena.

Na mesma esteira, consignou a Corte local (e-STJ fls. 33/34):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange à dosimetria da pena, descabe qualquer reparo.

A basilar foi fixada em sete anos de reclusão, em face da intensiva culpabilidade do réu, das circunstâncias e das consequências negativas do delito – quantitativo que se mostrou suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Sendo o réu padrasto da vítima, mantenho o aumento de metade da pena, nos termos do artigo 226, inc. II, do Estatuto Repressivo.

E, à ausência de outras moduladoras, a pena resta definitiva em dez anos e seis meses de reclusão.

Portanto, na espécie, constata-se que a pena-base foi indevidamente exasperada, pois a consciência da ilicitude, o fato de o crime ter sido praticado enquanto o acusado se encontrava sozinho com a vítima menor e o trauma imposto às vítimas de estupro, embora sobejamente graves, são circunstâncias inerentes ou comuns aos delitos de estupro de vulnerável.

Ressalta-se, por oportuno, que é possível identificar que as consequências do crime, no caso, foram efetivamente mais danosas, na medida em que a vítima foi abusada pelo padrasto, o que gera maiores implicações psicológicas e insegurança no seio familiar. Porém, o desvalor dessa circunstância foi sopesado na terceira fase da dosimetria, mediante a incidência da causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal, razão pela qual não poderia ser concomitantemente valorada na fixação da pena-base, sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213 C/C ART. 224, ALÍNEA A (ANTIGA REDAÇÃO), AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, PELA PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. CRIME COMETIDO CONTRA PRÓPRIA IRMÃ. FATO VALORADO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E CAUSA DE AUMENTO. BIS IN IDEM.

[...]

IV - Na espécie, ainda, verifica-se que a r. decisão apresenta vício em sua fundamentação, porquanto o fato de o crime de estupro ter sido cometido contra a própria irmã fora negativamente valorado tanto na circunstância judicial referente aos motivos do crime, como na aplicação da causa de aumento prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal, o que caracteriza bis in idem.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem parcialmente concedida, para fixar a pena definitiva em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

(HC 168.879/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 27/9/2010)

Em consequência da inidoneidade dos fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias na primeira fase da dosimetria, passo ao redimensionamento da pena do paciente.

Afastadas todas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, indevidamente sopesadas na primeira fase da dosimetria, fixo a pena-base no mínimo legal de 6 anos de reclusão (art. 214 do CP). Mantida a fração de acréscimo em metade, na terceira fase, conforme assentado na origem, torno a pena privativa de liberdade definitiva em 9 anos de reclusão.

Por fim, permanecendo a pena do paciente em patamar superior a 8 anos, o regime prisional fechado não comporta alteração.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 9 (nove) anos de reclusão.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0040663-2

HC 349.259 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00141220820098210013 01320900014120 1320900014120 141220820098210013
70048667067

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIEL BIAZI E OUTRO
ADVOGADO : GABRIEL BIAZI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : L F DOS S (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.