



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.262 - SP (2013/0122820-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J F DA L

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. IRREGULARIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. CONTROVÉRSIA NÃO VENTILADA PERANTE A CORTE A QUO. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL LIMITADO PELA PRETENSÃO DEDUZIDA NAS RAZÕES RECURSAIS OU NAS CONTRARRAZÕES. PEDIDO QUE NÃO PODE TER O MÉRITO ANALISADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE, VALIDAMENTE, JUSTIFICAM O AUMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

2. A Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012, v.g.), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

3. Não pode haver óbice ao cabimento do *habeas corpus* – Garantia Fundamental prevista no art. 5.º, inciso LXVIII, da Carta Magna – que não advenha da interpretação da própria Carta. Fundamentações com base em regras infraconstitucionais para justificar limitação ao manejo do remédio heróico não podem e não devem ser admitidas.

4. Não obstante na Constituição haver tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a, a limitação ao *habeas corpus* vem sendo adotada por esta Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de substituição ao recurso especial – contrariamente à posição do Pretório Excelso e do entendimento pessoal da Relatora, ora mitigado em razão do posicionamento majoritário deste Colegiado –, sem prejuízo de, eventualmente, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

5. A despeito de não se descurar que se confere ao recurso de apelação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efeito devolutivo amplo, esse é limitado pela pretensão deduzida nas razões recursais ou nas contrarrazões. Assim, avaliar originariamente pedido não ventilado perante a Corte *a quo* significaria vedada supressão de instância.

6. O *modus operandi* do crime e a tenra idade da vítima, por si sós, justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal (no caso, um ano), por se tratarem de circunstâncias que evidenciam a maior reprovabilidade da conduta do agente, mormente porque, à época, a consideração sobre a idade do sujeito passivo do delito não era elemento inerente ao tipo penal.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.262 - SP (2013/0122820-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J F DA L

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de J. F. DA L. – condenado à pena de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 214, c.c., 61, inciso II, alíneas *c* e *f*, todos do Código Penal –, contra acórdão proferido nos autos da apelação criminal n.º 0208343-55.2010.8.26.0000 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 76):

"Apelação – atentado violento ao pudor contra menor de catorze anos: adequação às alterações legislativas: estupro de vulnerável – correta valoração da prova – comprovação da autoria e da materialidade delitiva – palavra da vítima corroborada pelos demais elementos do processo – condenação – pena e regime prisional bem fixados – recurso improvido."

Sustenta-se no presente *writ*, em suma, ilegalidade na dosimetria penal e na fixação do regime inicial de cumprimento da pena do Paciente, mormente porque o Juízo sentenciante não computou o tempo que o Apenado permaneceu preso preventivamente quando fixou o regime prisional inicial.

Requer-se, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para reduzir a pena imposta ao Condenado e para estabelecer regime prisional inicial menos gravoso, conforme disposto no art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal.

Indeferi a liminar às fls. 93/94, ocasião em que dispensei as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 102/105, pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus*, mas por sua concessão de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.262 - SP (2013/0122820-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. IRREGULARIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. CONTROVÉRSIA NÃO VENTILADA PERANTE A CORTE A *QUO*. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL LIMITADO PELA PRETENSÃO DEDUZIDA NAS RAZÕES RECURSAIS OU NAS CONTRARRAZÕES. PEDIDO QUE NÃO PODE TER O MÉRITO ANALISADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE, VALIDAMENTE, JUSTIFICAM O AUMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

2. A Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012, v.g.), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

3. Não pode haver óbice ao cabimento do *habeas corpus* – Garantia Fundamental prevista no art. 5.º, inciso LXVIII, da Carta Magna – que não advenha da interpretação da própria Carta. Fundamentações com base em regras infraconstitucionais para justificar limitação ao manejo do remédio heróico não podem e não devem ser admitidas.

4. Não obstante na Constituição haver tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a, a limitação ao *habeas corpus* vem sendo adotada por esta Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de substituição ao recurso especial – contrariamente à posição do Pretório Excelso e do entendimento pessoal da Relatora, ora mitigado em razão do posicionamento majoritário deste Colegiado –, sem prejuízo de, eventualmente, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

5. A despeito de não se descurar que se confere ao recurso de apelação efeito devolutivo amplo, esse é limitado pela pretensão deduzida nas razões recursais ou nas contrarrazões. Assim, avaliar originariamente pedido não ventilado perante a Corte *a quo* significaria vedada supressão de instância.

6. O *modus operandi* do crime e a tenra idade da vítima, por si sós,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal (no caso, um ano), por se tratarem de circunstâncias que evidenciam a maior reprovabilidade da conduta do agente, mormente porque, à época, a consideração sobre a idade do sujeito passivo do delito não era elemento inerente ao tipo penal.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

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

Inicialmente, cumpre ressaltar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012, v.g.), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extremamente restritiva **quanto** à utilização do “habeas corpus”, **culminando por frustrar** a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto **desta** impetração, **não conheceu** da ação de “habeas corpus” lá ajuizada, **por haver entendido** tratar-se de “utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”.

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça **salientou, com apoio** em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “habeas corpus”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Concluo, assim, que não pode haver óbice ao cabimento do habeas corpus – Garantia Fundamental prevista no art. 5.º, inciso LXVIII, da Carta Maior – que não advenha da interpretação da Constituição da República. Fundamentações com base em regras infraconstitucionais para justificar limitação ao manejo do remédio heróico, como na hipótese de recurso ordinário substitutivo de recurso especial, não podem e não devem ser admitidas.

Não obstante meu posicionamento pessoal, em alinhamento com o do Supremo Tribunal Federal, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma deste Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu entendimento –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade – que não ocorre na espécie.

Colhe-se nos autos que o Paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 214, c.c., 61, inciso II, alíneas c e f, todos do Código Penal.

Insurge-se a Defesa, neste *habeas corpus*, em síntese, contra a individualização da pena e do regime prisional aplicadas ao Paciente. Esclarece que "*se pretende a redução da reprimenda penal e a fixação correta do regime prisional – o longo trâmite de um Recurso Especial poderia tornar o apelo inútil e ineficaz, pois o paciente poderá permanecer encarcerado por tempo superior ao devido (e, ainda, em regime incompatível!). Além disso, o cálculo para a incidência de benefícios da execução penal se faria com base na indevida sanção aplicada na decisão atacada, ensejando, mais uma vez, a permanência do paciente em regime prisional mais gravoso por tempo bem superior ao correto*" (fl. 10).

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem "*para desconstituir o acórdão condenatório e reduzir a pena imposta ao réu, em razão dos argumentos acima expostos*" (fl. 18), além da fixação de regime prisional menos gravoso.

A dosimetria da pena foi assim procedida pelo Juízo Sentenciante (fls. 46/47):

"Assim é que decido e passo a dosar a pena. Nos termos do art. 59, do Código Penal, verifico que a pena-base do acusado criminoso deve ser fixada em um sexto (1/6) acima do mínimo legal, resultando ela em sete (07) anos de reclusão, pois: a) personalidade do agente: O acusado demonstrou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ter personalidade perversa e ousada, eis que abusou sexualmente da menor, neta de sua companheira, a quem conhecia desde muito nova, sem se importar com a presença de sua esposa na casa; b) circunstâncias do crime: O acusado não se contentou com o temor causado à vítima em razão da diferença de idade e por sua posição de companheiro da avó, mas também tapou sua boca e lhe ameaçou dizendo que se ela gritasse, ela ia se ver com ele; c) consequências do crime: devido à idade da vítima sequer é possível quantificar a consequência de tão leviano crime, existindo, pois indícios de que ela tenha experimentado violência negativa e traumática, segundo relatório psicológico de fls. 136. Em razão da incidência das agravantes genéricas previstas nas alíneas "c" e "f", do inciso II, do art. 61, do Código Penal, tendo em vista que o acusado agarrou o braço da vítima, que tinha apenas sete anos de idade, prevalecendo-se do fato de ser marido da avó da menina, aumento a pena anteriormente fixada em um sexto (1/6), resultando em oito (08) anos e dois (02) meses de reclusão, pena esta que torno definitivas na ausência de outras causas modificativas. O regime inicial para cumprimento da reprimenda privativa de liberdade deverá ser o fechado, em razão da quantidade da pena aplicada (artigo 33, § 2.º, "a", do Código Penal), bem como em razão do disposto no § 1.º, do artigo 2.º da Lei n.º 8.072/90. Diante do exposto e por tudo mais dos autos consta, julgo procedente a ação penal e condeno J F da L à pena de oito (08) anos e dois (02) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por incursão no artigo 214, do Código Penal." (grifei)

Por sua vez, o Tribunal *a quo* negou provimento recurso de apelação interposto pelo Paciente e manteve a pena imposta pelo Juiz de primeiro grau, nos termos dos seguintes fundamentos do voto condutor do acórdão ora impugnado (fls. 83/84):

"A pena-base foi corretamente fixada um sexto acima do piso, tendo em vista a personalidade do agente, as circunstâncias e as consequências do crime, eis que o agente praticou o delito contra criança a quem conhecia há muito tempo, além da ameaça proferida contra a vítima e dos danos por ela suportados, conforme laudo psicológico de fls. 135/136 e exame de fls. 28/29.

Em seguida, presente as circunstâncias agravantes previstas no artigo 61, inciso II, alíneas "c" e "f", a sanção foi adequadamente majorada em um sexto.

Assim, ausentes outras causas de modificação, restou a sanção sedimentada em oito anos e dois meses de reclusão.

O regime de cumprimento da pena deve ser o inicialmente fechado, nos termos do artigo 33 e parágrafos do Código Penal, tendo em vista a quantidade de pena aplicada e que regime mais brando não seria suficiente para punir e coibir a conduta pela qual foi condenado.

Destarte, nega-se se provimento ao recurso."

O pedido de fixação de regime prisional inicial mais brando (por não ter sido atendida a regra do art. 387 § 2.º, do Código de Processo Penal), não pode ser analisado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

originariamente por esta Corte Superior.

Isso porque avaliar tal pretensão significaria vedada supressão de instância, pois ainda que não se descure que se confere ao recurso de apelação efeito devolutivo amplo, esse é limitado pela pretensão deduzida nas razões recursais ou nas contrarrazões.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. PROVA OBTIDA ATRAVÉS DE DENÚNCIA ANÔNIMA. ILEGALIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. TEMA NÃO SUSCITADO PELA DEFESA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que o acórdão que negou provimento ao apelo defensivo não fez qualquer menção à alegada ilegalidade da prova que originou a ação penal na qual o paciente restou condenado pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, até mesmo porque em momento algum a defesa aventou tal tese nas suas razões recursais.

3. Tal matéria deveria ter sido, por óbvio, arguida no momento oportuno e perante o juízo competente, no seio do indispensável contraditório, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração, no ponto, por este Sodalício, sob pena de configurar-se a indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

4. Habeas corpus não conhecido." (HC 241.376/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012 – grifei)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO DECIDIDO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCABIMENTO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. [...].

2. A questão da possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos sequer foi ventilada nas razões do recurso de apelação, razão pela qual tais matérias não foram apreciadas pelo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sobe pena de indevida supressão de instância.

3. Embora o recurso de apelação devolva ao Juízo ad quem toda a matéria objeto de controvérsia, o seu efeito devolutivo encontra limites nas razões aventadas pelo recorrente, em homenagem ao princípio da dialeticidade, que rege os recursos no âmbito do Processo Penal, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte adversa, garantindo-se, assim, o respeito ao devido processo legal.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada." (HC 176.728/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 27/06/2012 – grifei.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA NÃO ARGUIDA OU DEBATIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. De ressaltar que a sentença condenatória transitou em julgado e a suposta ilegalidade na fixação da pena-base não foi suscitada nas razões da apelação, tampouco debatida pela Corte de origem.

2. No caso, a defesa limitou-se a pleitear, na petição de interposição do referido reclamo, a absolvição do paciente. Assim, não há ilegalidade, em princípio, no fato de o Tribunal a quo não se manifestar a respeito dessa matéria.

3. Não se desconhece o amplo efeito devolutivo do recurso de apelação. Entretanto, o Tribunal está adstrito ao pedido elaborado em tal recurso, podendo apreciar, com profundidade, todas as questões que se relacionarem àquilo que foi impugnado, ou seja, o recorrente determina a extensão do inconformismo. Precedentes do STJ.

4. Desse modo, se questões arguidas no presente writ não foram ventiladas e sequer enfrentadas pela Corte Estadual, a defesa não pode suscitá-las diretamente perante o Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

5. [...].

6. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 109.692/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 16/05/2012 – grifei.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ARTS. 121, § 2.º, INCISOS III E IV, POR TRÊS VEZES, E 121, § 2.º, INCISOS III E IV, C.C. O 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO QUE JULGOU O RECURSO DE APELAÇÃO EM QUE PROFERIDO O ACÓRDÃO ORA IMPUGNADO. CONTROVÉRSIA NÃO VENTILADA, OPORTUNAMENTE, PERANTE A CORTE A QUO. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL LIMITADO PELA PRETENSÃO DEDUZIDA NAS RAZÕES RECURSAIS OU NAS CONTRARRAZÕES. IMPOSSIBILIDADE DE SE INCORRER EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT QUE NÃO PODE TER O MÉRITO ANALISADO. FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPUGNADOS NAS RAZÕES RECURSAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A despeito de não se descurar que se confere ao recurso de apelação efeito devolutivo amplo, esse é limitado pela pretensão deduzida nas razões recursais ou nas contrarrazões. Assim, avaliar originariamente pedido não ventilado perante a Corte a quo significaria vedada supressão de instância.*

2. *Não merece prosperar agravo regimental em que não se impugnam os fundamentos da decisão recorrida, limitando-se a parte Agravante ao que narrado e requerido na petição inicial do writ. Ou seja, à míngua de quaisquer argumentos que infirmem as razões de decidir do julgado, deve esse ser mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos.*

3. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no HC 180.838/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 15/04/2013.)

Assim, reitere-se, tal pedido não pode ter o mérito analisado.

Mesmo que assim não fosse, após o trânsito em julgado da condenação, a pretensão deveria ter sido formulada perante o Juízo das Execuções, conforme entendimento sedimentado na súmula n.º 611 do Supremo Tribunal Federal, que se aplica, *mutatis mutandis*, à espécie, e cujo teor é o seguinte:

"Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna"

Quanto à dosimetria penal, assevere-se que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, ainda que houvesse impropriedades na dosimetria procedida na sentença condenatória, observa-se que foram consideradas, como fundamento para fixar a pena-base acima do mínimo legal, **a tenra idade da vítima e o *modus operandi* do crime**.

Tais circunstâncias, por si só, justificam o aumento implementado à pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em um ano, pois evidenciam a maior reprovabilidade da conduta do agente, mormente porque, à época do crime, a consideração sobre a idade do sujeito passivo do delito não era elemento inerente ao tipo penal.

Veja-se, a propósito, os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMAS COM 8 (OITO) ANOS DE IDADE. DOSIMETRIA PENAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES. ESPECIAL REPROVABILIDADE EM FACE DA TENRA IDADE DAS VÍTIMAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A tenra idade das vítimas - oito anos de idade - é motivo idôneo para considerar negativamente as circunstâncias do delito, as quais emprestaram à conduta do Réu especial reprovabilidade, que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal, exasperando a pena-base. Precedentes.

2. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 20.215/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 25/04/2013)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO EM DADOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. AFERIÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. MATÉRIA NÃO-ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

[...]

5. Mostra-se incabível rever a extensão do aumento da pena-base, quando devidamente fundamentada, pois tal proceder implicaria aprofundada valoração do conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível de ser realizada em sede de habeas corpus.

[...]

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 131.765/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 03/08/2009 – grifei.)

Assim, ante à ausência de constrangimento ilegal, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0122820-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 269.262 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02083435520108260000 050080160034 1472010 17752009 2083435520108260000
50080160034 990102083438

EM MESA

JULGADO: 05/12/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J F DA L

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.