



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.428 - MS (2012/0169778-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : HENOC CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : J D DE F

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA. REVISÃO EM SEDE DE *WRIT*. EXCEPCIONALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A simples consciência da ilicitude do fato não justifica a exasperação da pena-base (culpabilidade); o fato de o paciente ter se prevalecido de relações domésticas para a prática do delito não pode ser usado concomitantemente como circunstância judicial desfavorável (circunstância do delito) e como agravante genérica (art. 61, II, "f", do Código Penal - CP), sob pena de indevido *bis in idem*; não foram apresentados dados concretos de que as consequências do delito ultrapassaram aquelas inerentes ao tipo penal; o comportamento neutro da vítima não pode ser considerado como desfavorável ao réu na dosimetria da pena.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal (8 anos), que, acrescida de 1/6 em razão da agravante genérica (art. 61, II, "f", do CP), alcança o patamar de 9 anos e 4 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.428 - MS (2012/0169778-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : HENOC CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : J D DE F

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de J. D. de F. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 9 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 214, c.c. o art. 224, ambos do Código Penal (Vara da Infância, Juventude e do Idoso de Campo Grande/MS - Ação Penal n. 0001991-18.2011.8.12.0001). Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso (Autos n. 2012.015031-9/0000-00), nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO - PENAL E PROCESSO PENAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DA INFÂNCIA JUVENTUDE E DO IDOSO - IMPROCEDÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - PALAVRA DA VÍTIMA ALICERÇADA PELO ACERVO PROBATÓRIO - CONDENAÇÃO MANTIDA - DESCLASSIFICAÇÃO - DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA - PENA-BASE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS - REDUÇÃO INVIÁVEL - NÃO PROVIMENTO.

Rejeita-se a alegação de nulidade processual em decorrência da suposta incompetência da Vara da Infância e Juventude, porquanto a Resolução nº 221/1994, editada por este Sodalício, estabeleceu a competência em razão da matéria àquele Juízo, sendo o mesmo qualificado para processar e julgar crimes praticados contra a criança e ao adolescente.

Se a prova é desfavorável ao acusado que constrangeu a vítima (criança de tenra idade) à prática de estupro de vulnerável, torna-se incabível falar em absolvição ou na desclassificação da conduta para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, pois inegável é o dolo do agente em satisfazer a própria lascívia e não apenas a vontade de abalar a paz alheia.

A existência de algumas circunstâncias judiciais positivas não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assegura a fixação da reprimenda inicial no mínimo legal, mormente quando existem outros elementos desfavoráveis.

Apelação defensiva a que se nega provimento com base no acervo probatório e correta aplicação da lei penal (fl. 333).

No presente *writ*, o impetrante sustenta que (a) a **culpabilidade** não poderia ter sido considerada elevada apenas porque o paciente tinha noção da ilicitude da conduta; (b) a quebra de confiança do vínculo familiar foi considerada para valorar de forma negativa as **circunstâncias** do delito e para justificar a aplicação da agravante do art. 61, II, *f*, do CP, ocorrendo, assim, *bis in idem*; e (c) as **consequências** do delito foram comuns aos crimes contra a liberdade sexual.

Requer, portanto, a fixação da pena-base no mínimo legal.

Indeferido o pedido liminar (fl. 347) e prestadas as informações (fls. 352/358 e 371/390), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 361/368).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.428 - MS (2012/0169778-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109.956, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Em primeiro grau, a pena foi fixada nos seguintes termos:

(...)

*Era face do exposto **julgo procedente** a denúncia para o fim de **condenar Jaime Duarte de Freitas**, como incurso nas penas do art. 217-A do Código Penal em relação à vítima Thays Alessandra da Silva Souza.*

Passo a dosar-lhe a pena com estrita observância ao disposto nos arts. 59 e 68, do Código Penal.

*A **culpabilidade** do réu é acentuada, porque ele tinha exata noção da ilicitude de sua conduta. O acusado não apresenta **antecedentes criminais** (fls. 54 e 171-81). A **conduta social** é de homem comum. Não há dados sobre a personalidade do acusado. Os motivos do crime são comuns ao tipo. As **circunstâncias** em que o crime ocorreu não beneficiam o réu, pois sua conduta importou na quebra de confiança do vínculo familiar, utilizando-se da hospitalidade que recebia na residência do genitor da vítima. As **consequências** são graves, posto que a conduta praticada deixa seqüelas na personalidade da ofendida. O **comportamento da vítima** não contribuiu para a prática do delito.*

*Diante das circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do CP, nem todas favoráveis, **fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão.***

*Presente a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f" do CP, pois o réu vivia em união estável com a avó da vítima e se prevaleceu das relações domésticas, aumento a pena para **09 (nove) anos, 11 (onze) meses de reclusão** (fls. 275/276).*

Em sede de apelação da defesa, destacou o Tribunal a quo:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim sendo, a condenação deve persistir nos moldes da capitulação adotada pela sentença.

Por fim, o recorrente busca a aplicação da pena no mínimo legal.

A sentença justificou a fixação da pena-base em módicos 06 (seis) meses acima do mínimo legal, com base na seguinte análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal (f. 259/260):

*"A **culpabilidade** do réu é acentuada, porque ele tinha exata noção da ilicitude de sua conduta. O acusado não apresenta **antecedentes** criminais (fls. 54 e 171-81). A **conduta social** é de homem comum. Não há dados sobre a **personalidade** do acusado. Os **motivos do crime** são comuns ao tipo. As **circunstâncias** em que o crime ocorreu não beneficiam o réu, pois sua conduta importou na quebra de confiança do vínculo familiar, utilizando-se da hospitalidade que recebia na residência do genitor da vítima. As **consequências** são graves, posto que a conduta praticada deixa seqüelas na personalidade da ofendida. O **comportamento da vítima** não contribuiu para a prática do delito.*

*Diante das circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do CP, nem todas favoráveis, **fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão.**"*

(Destaques originais)

Em verdade, o recurso não apresenta qualquer crítica à análise judicial, limitando-se a pleitear a diminuição de pena porque "o apelante não possui antecedentes e possui ótima conduta social" (f. 281). Tendo em consideração que referidas circunstâncias não foram valoradas negativamente, não há motivos para modificação do quantum estabelecido pela sentença (fl. 338).

Em sede de *habeas corpus*, deve ser evitada a modificação da sanção penal imposta pelas instâncias ordinárias, que estão mais próximas dos fatos e são soberanas na análise das provas contidas nos autos, devendo a revisão da pena ser concretizada somente nos casos de flagrante ilegalidade ou teratologia.

Na hipótese dos autos, a **culpabilidade** foi considerada elevada por ter o paciente *exata noção da ilicitude de sua conduta*. Acontece que *"a consciência da ilicitude do fato não justifica a exasperação da pena-base, porque é elemento que diz respeito à culpabilidade em sentido estrito, assim definida como elemento integrante da estrutura do crime em sua concepção tripartida, e não à culpabilidade em sentido lato, a qual se refere a maior ou menor reprovabilidade do agente pela conduta delituosa*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticada." (HC 287.449/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/3/2015).

As **circunstâncias** do crime foram valoradas negativamente porque a conduta do paciente teria importado *na quebra de confiança do vínculo familiar*. Contudo, tal fato foi considerado também na aplicação da agravante prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal (relações domésticas ou de coabitação), configurando, assim, indevido *bis in idem*.

Nesse sentido:

CRIMINAL. HC. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DEFICIÊNCIA NA DOSIMETRIA DA PENA. **RELAÇÕES DOMÉSTICAS DO RÉU COM A FAMÍLIA DA VÍTIMA CONSIDERADAS PARA MAJORAR A PENA-BASE E COMO AGRAVANTE GENÉRICA. BIS IN IDEM EVIDENCIADO.** ORDEM CONCEDIDA.

Não se admite o bis in idem configurado na sentença condenatória, caracterizado pela dupla valoração, na dosimetria da pena, das relações domésticas do paciente com a família da vítima tanto para elevar a pena-base, quanto para majorar a reprimenda como circunstância agravante genérica.

Caracterizada a dupla valoração de condenação anterior como *maus antecedentes e reincidência*, tem-se como insuficientemente justificada a exacerbação procedida na dosimetria da pena.

É viável o exame da dosimetria da reprimenda por meio de *habeas corpus*, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

Deve ser determinando que, *sem prejuízo da condenação*, outra decisão seja elaborada, excluindo-se a controvérsia a respeito da dupla valoração das relações domésticas do paciente com a família da vítima e fundamentando-se devidamente o aumento da pena-base.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 23.713/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2002, DJ 3/2/2003, p. 335)

As **consequências** do crime foram consideradas graves uma vez que a conduta praticada teria deixado *sequelas na personalidade da ofendida*. Porém, não foi apresentado nenhum dado concreto comprovando que as consequências sofridas pela vítima ultrapassaram aquelas ínsitas ao próprio tipo penal em testilha, tratando-se, assim, de fundamentação genérica.

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WRIT. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA E CONCRETA DO AUMENTO PARA A CULPABILIDADE. **CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTO DEFICIENTE. EXCLUSÃO. AUMENTO DA PENA-BASE REDUZIDO.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Mostra-se legítimo o aumento da pena-base, pela circunstância judicial da culpabilidade, na medida em que fundamentada em elementos que extrapolam os inerentes ao tipo penal imputado, demonstrando, assim, especial reprovabilidade da conduta e justificando validamente, nesta parte, o aumento da pena-base.

3. O trato negativo relativo às consequências do delito deve ser excluído quando constatados apenas resultados que não extrapolam os ínsitos ao tipo penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem de ofício para para reduzir a pena a 10 anos de reclusão.

(HC 211.601/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/2/2015).

Por fim, "esta Corte possui o entendimento de que o **comportamento neutro da vítima não pode ser considerado como desfavorável ao réu na dosimetria da pena.**" (HC 203.754/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 1º/9/2015).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal (8 anos), que, acrescida de 1/6 em razão da agravante genérica (art. 61, II, "f", do CP), alcança o patamar de 9 anos e 4 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0169778-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 251.428 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 19911820118120001 20110139996 20120150319 96438620118120001

EM MESA

JULGADO: 01/10/2015

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : J D DE F

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.