



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.976 - SP (2012/0259020-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : P M S

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA OU QUALIFICADA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INAPLICABILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal 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. No que se refere à alegada inépcia da denúncia, a pretensão não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que tal matéria não foi objeto de análise e julgamento pelo Colegiado estadual no bojo do apelo defensivo.

3. Tratando-se de sentença transitada em julgado, não se mostra razoável reconhecer a inépcia da denúncia, pois as instâncias ordinárias, após análise detida do conjunto fático-probatório, já proferiram juízo condenatório, o que denota a plena aptidão da inicial acusatória, não havendo de falar em negativa de vigência ao art. 41 do CPP.

4. 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. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório. Precedentes.

5. Considerando o *quantum* máximo e o mínimo de pena em abstrato estabelecidos no preceito secundário do vetusto art. 214 do Código Penal, a exasperação da pena-base em 12 meses não pode ser considerada excessiva ou desproporcional. Deveras, tratando-se de réu reincidente específico, admite-se aumento um pouco superior ao patamar de 1/8 na primeira fase do critério trifásico pela valoração negativa dos antecedentes.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes praticados mediante violência presumida, hipótese dos autos, devendo incidir o *caput* do artigo 214 do CP. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para afastar a incidência do art. 71, § 1º, do CP, determinando que o Juízo das Execuções aplique o percentual de aumento referente à continuidade delitiva simples, como entender de direito.

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.976 - SP (2012/0259020-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : P M S

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **P. M. S.** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à apelação ministerial.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, inicialmente em regime fechado, por infração ao art. 214, c/c o art. 224, "a", por seis vezes, na forma do 71, *caput*, todos do Código Penal.

Da sentença, o réu e o *Parquet* apelaram ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso defensivo e proveu o apelo ministerial, para majorar as penas para 24 (vinte e quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, nos moldes da seguinte ementa:

"Processo Penal. Prova. Em tema de crime sexual, a palavra de vítima é de grande valia. Mesmo esta sendo criança, se sobrepõe à negativa do acusado" (e-STJ, fl. 23).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta ser a denúncia inepta, pois dela consta apenas que o réu praticou parte dos fatos delitivos em datas incertas e anteriores ao delito efetivamente narrado, sem terem sido descritas as condutas cometidas contra duas das vítimas e quatro dos crimes cometidos contra a terceira menor.

Ademais, assevera que a dosimetria da pena merece reparo, uma vez que foi reconhecida a continuidade delitiva entre as condutas, no moldes do § 1º do artigo 71 do Código Penal, nada obstante terem sido os crimes praticados com emprego de violência presumida, o que não se subsume à hipótese legal. Ainda, afirma terem sido valorados o número e idade da vítimas na fixação da reprimenda, embora tais elementos sejam ínsitos ao tipo penal. Ainda, assevera que o paciente ostentava apenas uma condenação transitada em julgado à época dos fatos, de modo que o *quantum* de exasperação não mereceu fundamentação idônea.

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de "reconhecer a nulidade parcial do feito no que se refere aos crimes anteriores e incertos, cassando o acórdão que julgou integralmente procedente a denúncia parcialmente inepta" (e-STJ, fl. 11).

Não foi deduzido pedido de liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 51-54).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.976 - SP (2012/0259020-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : P M S

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA OU QUALIFICADA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INAPLICABILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal 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. No que se refere à alegada inépcia da denúncia, a pretensão não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que tal matéria não foi objeto de análise e julgamento pelo Colegiado estadual no bojo do apelo defensivo.

3. Tratando-se de sentença transitada em julgado, não se mostra razoável reconhecer a inépcia da denúncia, pois as instâncias ordinárias, após análise detida do conjunto fático-probatório, já proferiram juízo condenatório, o que denota a plena aptidão da inicial acusatória, não havendo de falar em negativa de vigência ao art. 41 do CPP.

4. 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. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório. Precedentes.

5. Considerando o *quantum* máximo e o mínimo de pena em abstrato estabelecidos no preceito secundário do vetusto art. 214 do Código Penal, a exasperação da pena-base em 12 meses não pode ser considerada excessiva ou desproporcional. Deveras, tratando-se de réu reincidente específico, admite-me aumento um pouco superior ao patamar de 1/8 na primeira fase do critério trifásico pela valoração negativa dos antecedentes.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes praticados mediante violência presumida, hipótese dos autos, devendo incidir o *caput* do artigo 214 do CP. Precedentes.

7. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para afastar a incidência do art. 71, § 1º, do CP, determinando que o Juízo das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execuções aplique o percentual de aumento referente à continuidade delitiva simples, como entender de direito.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal 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.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

No que se refere à alegada inépcia da denúncia, a pretensão não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que tal matéria não foi objeto de análise e julgamento pelo Colegiado estadual no bojo do apelo defensivo.

Nesse sentido:

"[...]"

Para se aferir a competência do Superior Tribunal de Justiça é necessário que a matéria questionada tenha sido analisada pela Corte de origem, consoante dispõe o art. 105, II, da Constituição Federal, sob pena de configurar indevida supressão de instância.

"[...]"

(HC 319.500/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015).

Além disso, considerando se tratar de sentença transitada em julgado, não se mostra razoável reconhecer a inépcia da denúncia, pois as instâncias ordinárias, após análise detida do conjunto fático-probatório, já proferiram juízo condenatório, o que denota a plena aptidão da inicial acusatória, não havendo de falar em negativa de vigência ao art. 41 do CPP.

De outro giro, no que tange à dosimetria, 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. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Nesse sentido, ao seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
 2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.
 3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço.
 4. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.
 5. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.
 6. *Habeas corpus* não conhecido."
- (HC 342.659/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
2. Não se vislumbra nenhuma irregularidade na sentença que, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, fixou a pena-base no seu mínimo legal, na primeira fase, e reduziu-a em 1/3 na terceira fase, em virtude da tentativa, o que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade, sendo suficiente para reprovação do crime.
3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado se a redução da pena, em razão da tentativa, ocorreu de forma devidamente fundamentada no *iter criminis* percorrido pelo agente na prática delitiva.
4. A análise do caminho percorrido pelo agente demanda incursão na seara fático-probatória, o que não é admitido na via estreita do *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus.

5. O Código de Processo Penal não define erro material nem fixa hipóteses ou meios de saná-lo. A matéria segue o regramento do Código de Processo Civil, cujo artigo 463, I, é aplicado subsidiariamente às ações penais, autorizando a alteração do julgado, mesmo após sua publicação, para sanar inexatidões materiais ou erros de cálculo. [...]" (HC 167.789/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 13/03/2015)

In casu, considerando o *quantum* máximo e o mínimo de pena em abstrato estabelecidos no preceito secundário do vetusto ao art. 214 do Código Penal, a exasperação da pena-base em 12 meses não pode ser considerada excessiva ou desproporcional. Deveras, tratando-se de réu reincidente específico, admite-me aumento um pouco superior ao patamar de 1/8 na primeira fase do critério trifásico pela valorização negativa dos antecedentes.

Entrementes, razão socorre à impetrante quanto à pena aplicada na terceira etapa da dosimetria.

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes praticados mediante violência presumida, hipótese dos autos, devendo incidir o *caput* do artigo 214 do CP.

A fim de corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

"PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INFRINGÊNCIA AO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. AUSENTE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. *WRIT* 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. A jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do CPP, gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo, o que inocorreu na espécie.

3. Em regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

4. Válida a exasperação da pena-base, porquanto o pleito de redução foi formulado de forma genérica, sem a indicação específica da ilegalidade, sobretudo se o Tribunal de origem assevera que foram atendidos os preceitos legais em sua fixação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes sexuais perpetrados mediante violência presumida, mas sim o disposto no art. 71, *caput*, do CP.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento pela continuidade delitiva deve-se dar de acordo com o número de infrações, definindo-se o patamar mínimo 1/6 quando se tratarem de dois delitos.

7. Pena privativa de liberdade reduzida para 9 anos, 4 meses de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.

8. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir da pena imposta".

(HC 159.476/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA MAJORADA NO TRIPLO. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Conforme a orientação da Quinta Turma deste Corte Superior de Justiça, não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes praticados mediante violência presumida, mas sim o disposto no caput do mesmo artigo.

2. *Habeas corpus* concedido para, reformando o acórdão impugnado no tocante à aplicação da pena do crime de atentado violento ao pudor, reduzir a reprimenda do Paciente nos termos explicitados no voto.

(HC 170.760/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012)

Ante o exposto, **não conheço** do writ. Porém, **concedo habeas corpus**, de ofício, tão somente para afastar a incidência do art. 71, § 1º, do CP, determinando que o Juízo das Execuções aplique o percentual de aumento referente à continuidade delitiva simples, como entender de direito.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0259020-2

HC 260.976 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 102323020058260347 2532005 3470120050102323 372010

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : P M S

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.