



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 273.714 - SP (2013/0227075-6)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : HARLEI ALEXANDRE PAVEZZI GALVÃO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : A V

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

5. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade e a conduta social do criminoso não podem ser valoradas negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes.

6. A sentença não fez nenhuma menção a fato concreto que embasasse as conclusões desfavoráveis acerca da culpabilidade do Agente, nem mesmo das circunstâncias, consequências e motivos do delito.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida, mas, concedida de ofício para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença e o acórdão impugnados, tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

**MINISTRA LAURITA VAZ**

Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 273.714 - SP (2013/0227075-6)**

IMPETRANTE : HARLEI ALEXANDRE PAVEZZI GALVÃO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : A V

### RELATÓRIO

#### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de A V, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

*"REVISÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE ESTUPRO - ARTIGOS 213, C.C. O ARTIGO 224, ALÍNEA 'A', POR VÁRIAS VEZES, NA FORMA DO ARTIGO 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL - CONDENAÇÃO CONTRÁRIA ÀS EVIDÊNCIAS DOS AUTOS INOCORRÊNCIA - Não se desincumbindo a Defesa do ônus de comprovar que a conjunção carnal e demais atos libidinosos foram praticados mediante consentimento da vítima. Depoimento da vítima firme em suas declarações, estando sua versão corroborada por outros elementos de convicção, torna-se imperiosa a manutenção do decreto condenatório. Revisão conhecida e indeferida." (Fl. 09)*

Infere-se dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 21 (vinte e um) anos de reclusão - resultado da soma de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão para crimes de estupro praticados na cidade de Birigui e 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão para crimes de estupro praticados na cidade de Fernandópolis - em regime inicial fechado, devido à prática dos delitos previstos no art. 213, c.c. o art. 214, alínea "a", na forma do art. 71, todos do Código Penal.

Em 10 de fevereiro de 2011, a Sexta Câmara de Direito Criminal deu provimento parcial ao recurso interposto pela Defesa para reduzir a pena do Réu para 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

O Tribunal *a quo* indeferiu o pleito revisional ajuizado pelo Paciente após o trânsito em julgado da condenação.

Inconformado, impetrou o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso especial defendendo que a dosimetria da pena deveria ser refeita, considerando-se a pena-base no mínimo legal, pois o Réu é primário e de bons antecedentes.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 22.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 29/256, com a juntada de



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

documentos pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 260/262, opinando pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela sua denegação.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 273.714 - SP (2013/0227075-6)**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

5. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade e a conduta social do criminoso não podem ser valoradas negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes.

6. A sentença não fez nenhuma menção a fato concreto que embasasse as conclusões desfavoráveis acerca da culpabilidade do Agente, nem mesmo das circunstâncias, consequências e motivos do delito.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida, mas, concedida de ofício para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença e o acórdão impugnados, tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto.

### VOTO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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), 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 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta 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 posicionamento pessoal –, não conhecer de writ



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Pois bem.

Extraí-se da denúncia que o Paciente, mediante violência presumida, por diversas vezes, constrangeu a vítima, menor de 14 (quatorze) anos, a manter com ele conjunção carnal. Posteriormente, quando os fatos chegaram ao conhecimento da irmã da vítima e foram informados às autoridades policiais, o Paciente mudou-se para a cidade de Fernandópolis prometendo afastar-se da criança. Porém, não satisfeito, resolveu buscar a vítima na escola, obrigando-a a entrar em veículo e transportando-a para Fernandópolis, onde manteve a vítima reclusa num imóvel por 4 (quatro) dias, tendo com ela conjunção carnal em todos esses dias sem fazer uso de preservativo.

Em decorrência, restou condenado à pena de 21 (vinte e um) anos de reclusão em regime inicial fechado devido à prática dos delitos previstos no art. 213, c.c. o art. 214, alínea "a", na forma do art. 71, todos do Código Penal. Contudo, a Sexta Câmara de Direito Criminal, em 10 de fevereiro de 2011, deu provimento parcial ao recurso interposto pela Defesa para reduzir a pena do Réu para 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

No presente *writ*, o Paciente sustenta a possibilidade de reajuste da dosimetria da pena, fixando-se a pena-base no mínimo legal, tendo em vista ser ele primário e possuir bons antecedentes.

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

Na hipótese dos autos, contudo, merecem reparos a sentença condenatória e o acórdão impugnados no tocante à fixação da pena-base.

Como é cediço, a aplicação da pena é o momento em que o juiz realiza, em cada caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de poder discricionário dado ao magistrado pela Constituição Federal e pela Lei - Código Penal. Embora seja discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que ao juiz cabe aplicar a pena justa ao caso, com a necessária fundamentação, à luz do método trifásico.

Nessa linha, ao individualizar a pena, deve o julgador examinar com acuidade os



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, além das próprias elementares comuns ao tipo. E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Cumpre observar que o Juízo sentenciante fixou a reprimenda do Paciente, valendo-se dos seguintes fundamentos, *litteris*:

### **"DAS PENAS**

*O artigo 213 do Código Penal, em sua redação anterior, previa pena de reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos.*

*O réu é primário e não ostenta maus antecedentes, no entanto, levando em conta os elementos previstos no art. 59 do Código Penal, em especial, a culpabilidade intensa; a conduta social desajustada; personalidade deturpada; os motivos inescusáveis dos delitos; as circunstâncias e consequências do delito, que foram gravíssimas (a vítima foi abusada sexualmente, por diversas vezes, conduta que abarcou sua liberdade sexual, feriu sua dignidade e intimidade e, por certo, lhe vem acarretando problemas psicológicos sérios, tudo isso em virtude das condutas ilícitas e inconsequentes do acusado, que deixarão marcas, certamente, indeléveis), fixo as penas-bases acima do mínimo legal para cada um dos crimes de estupro, qual seja, 07 (sete) anos de reclusão.*

*Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes e atenuantes, porque não houve confissão propriamente dita, tendo o réu admitido que manteve relação sexual com a vítima, mas com o consentimento desta.*

*Na terceira fase da aplicação da pena, está presente a causa de aumento de pena relativa ao crime continuado, primeiro, no tocante aos crimes praticados em Birigui, e depois no que se refere aos delitos praticados em Fernandópolis. Impossível, no entanto, a continuidade delitiva entre todos os crimes praticados, por não estarem presentes os requisitos legais, ou seja, foram praticados em comarcas distintas e distantes e em período muito superior a 30 dias.*

*Com efeito, provou-se que houve continuidade delitiva nos estupro praticados na cidade de **Birigui**, porque o réu, mediante diversas ações, praticou diversos crimes de estupro, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, devendo os atos subsequentes serem havidos como continuação do primeiro, nos moldes do art. 71, caput, do Código Penal.*

*Logo, deve ser aplicada a pena de um dos crimes, com o aumento em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços). Isso porque o entendimento deste Juízo é o de que, para dois crimes, aumenta-se a pena em um sexto; para três, em um quinto; e para quatro, em um quarto; para cinco, em um terço; para seis, na metade; e para **sete ou mais** crimes eleva-se em **dois terços**. Esta última hipótese é exatamente o caso dos autos, porque a prova oral confirmou de que os abusos sexuais na cidade de Birigui contra a*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima eram quase que diários, durante o período compreendido entre os dias 28 de julho de 2008 e 04 de abril de 2009.

Diante desse quadro, nos termos do art. 71, caput do Código Penal, aplico a pena de um só dos crimes (por serem idênticas), aumentada de 2/3 (dois terços), totalizando 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

De outra parte, quanto aos estupros praticados em **Fernandópolis**, provou-se que houve continuidade delitiva, porque o réu, mediante diversas ações, praticou cinco crimes de estupro, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, razão pela qual deve se aplicada a pena de um dos crimes, com o aumento de 1/3 (um terço) porque, como já acima apontado, o entendimento deste Juízo é o de que, para dois crimes, aumenta-se a pena em um sexto; para três, em um quinto; e para quatro, em um quarto; **para cinco, em um terço**; para seis, na metade; e para sete ou mais crimes eleva-se em dois terços. A prova oral confirmou que os abusos sexuais na cidade de Fernandópolis contra a vítima eram diários, durante o período compreendido entre os dias 09 de junho de 2009 e 14 de junho de 2009.

Diante desse quadro, nos termos do art. 71, caput do Código Penal, aplico a pena de um só dos crimes (por serem idênticas), aumentada de 1/3 (um terço), totalizando 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Torno, pois, definitiva as penas em 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão para os crimes de estupro praticados na cidade de **Birigui**, e em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão para os crimes de estupro praticados na cidade de Fernandópolis.

Diante da impossibilidade de reconhecimento de continuidade entre todos os delitos, é caso de aplicação do concurso material entre os resultados, somando-se as penas, resultando em 21 (vinte e um) anos de reclusão." (Fls. 106/108, grifos no original.)

O Tribunal de origem, quando do julgamento da revisão criminal, ratificou o cálculo da pena estabelecido no acórdão em que deu provimento parcial ao recurso de apelação interposto pelo Réu, *in verbis*:

### **"DA FIXAÇÃO DA PENA**

[...]

*'Assim, fixo a pena-base em 7 anos de reclusão para cada um dos estupros, pois, não obstante o réu ser primário e não ostentar maus antecedentes, o Juiz sentenciante também considerou a culpabilidade intensa, a conduta social desajustada, a personalidade deturpada, os motivos inescusáveis dos delitos, as circunstâncias e consequências do delito, que foram gravíssimas (a vítima foi abusada sexualmente, por diversas vezes, conduta que abarcou sua liberdade sexual, feriu sua dignidade e intimidade e, por certo, lhe vem acarretando problemas psicológicos sérios, tudo isso em virtude das condutas ilícitas e inconsequentes do acusado, que deixarão marcas, certamente, indeléveis) (fls. 320).*

*Na segunda fase, não há que se considerar a confissão do réu como atenuante, uma vez que ela foi parcial.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Reconhecida continuidade delitiva entre os estupros praticados na cidade de Birigui e Fernandópolis, aumento a pena de um dos crimes em 2/3, visto que os delitos perduraram por longo período, desde 28 de julho de 2008 até 04 de abril de 2009, o que resulta a pena de 11 anos e 8 meses de reclusão, a qual torno definitiva."* (Fl. 14, sem grifos no original.)

Como se vê, a pena-base do Paciente foi fixada em 1 (um) ano acima do mínimo legal devido à valoração negativa de 6 (seis) circunstâncias judiciais, quais sejam: culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do delito.

Ocorre, contudo, que as considerações tecidas acerca das referidas circunstâncias judiciais apenas se justificam para fins de exasperação da reprimenda se adequadamente motivadas e devidamente atreladas à concretude dos fatos, o que não se verifica na hipótese em tela.

No caso *sub examine*, as circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis devem ser afastadas, já que fundadas em adjetivos genéricos, tais como culpabilidade "*intensa*", conduta social "*desajustada*", personalidade "*deturpada*", motivos "*inescusáveis*", circunstâncias e consequências "*gravíssimas*".

Por não fazerem qualquer menção ao caso concreto, tais circunstâncias judiciais mostram-se impróprias para majorar a pena-base. Em realidade, a intensidade da culpabilidade, a inescusabilidade dos motivos e a gravidade das consequências são elementos inerentes ao próprio tipo do crime de estupro de vulnerável.

Confira-se, por relevante, o seguinte julgado:

**"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR SUPOSTAMENTE REDUZIDO DA RES FURTIVA (BICICLETA AVALIADA EM R\$ 150,00). DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA BASE. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA E GENÉRICA. ART. 59 DO CP.**

1. (...). 5. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a afirmações como "*a culpabilidade foi intensa*", "*a conduta social se apresenta indigna*", "*a personalidade do agente é voltada para o crime*" ou "*a circunstância é reprovável*", quando desacompanhadas de maiores considerações, não se revelam suficientes a autorizar o aumento de pena realizado na primeira etapa da dosimetria, uma vez que se tratam de argumentos vagos, genéricos, desprovidos de qualquer elemento concreto que evidencie, de fato, a elevada reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta delituosa praticada. 6. (...)." (HC 221.718/MG, Relatora a Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), DJe 01/03/2013).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda, quanto à personalidade e à conduta social do criminoso, esta Corte Superior de Justiça já se posicionou no sentido de que a sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Assim, a valoração negativa da personalidade e conduta social levadas a efeito pelo Juízo sentenciante sem qualquer embasamento concreto mostra-se indevida.

Nesse sentido:

*"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. CONDUTA SOCIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL FACE À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR CRIME DIVERSO, POSTERIOR AOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO.*

*I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima).*

*II - In casu, verifica-se que o v. acórdão objurgado carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, não existindo argumentos aptos a justificar a fixação da pena-base no patamar indicado.*

*III - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).*

*IV - Condenação por crime diverso, posterior aos fatos descritos na denúncia, não pode ser considerada como indicativo de má conduta social.*

*V - Finalmente, atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.*

*Habeas corpus concedido." (HC 136.685/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009.)*

*"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ASPECTOS GENÉRICOS DECLINADOS. ARGUMENTOS INIDÔNEOS. (3) AUMENTO DE PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, o que se vê na espécie.*

**2. Na espécie, existe flagrante ilegalidade no tocante à personalidade, conduta social e consequências do crime, pois não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola a Juíza elementos concretos dos autos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, para dar supedâneo às suas considerações.**

3. De outro lado, é pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de  $1/6$  pela prática de 2 infrações;  $1/5$ , para 3 infrações;  $1/4$ , para 4 infrações;  $1/3$ , para 5 infrações;  $1/2$ , para 6 infrações; e  $2/3$ , para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de 6 (seis) infrações cometidas por um dos réus, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de  $1/2$  da pena, sendo desproporcional a majoração em  $2/3$ .

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente **DANILO FERNANDES BLANCO** para 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa e reduzir a reprimenda do paciente **EDUARDO FRANCO OVELAR** para 8 (oito) anos de reclusão, além do pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa. Mantidos os demais termos da condenação." (HC 214485/MS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 09/12/2013, sem grifos no original.)

Assim, evidente está que a motivação constante na sentença, no que toca à exasperação da pena-base, não se apresenta suficientemente idônea. Desse modo, diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser a pena-base fixada no mínimo legal de 6 (seis) anos.

Na segunda fase, não há agravantes nem atenuantes a serem consideradas.

Por fim, majora-se a pena na fração de  $2/3$  (dois terços), em virtude da continuidade delitiva entre os estupros praticados nas cidades de Birigui e de Fernandópolis, resultando 10 (dez) anos de reclusão, mantida o regime prisional fechado, em razão do *quantum* da pena.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*, mas, CONCEDO a ordem de ofício para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnados, tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos acima explicitados.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0227075-6

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 273.714 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00710584920128260000 20130000268333 710584920128260000

EM MESA

JULGADO: 06/02/2014  
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. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **HARLEI ALEXANDRE PAVEZZI GALVÃO**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **A V**

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 da Sra. Ministra Relatora."

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