



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.800 - SP (2013/0158884-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : V A D
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V A D (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ESTUPRO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DO ART. 61 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA EM 1/5 MOTIVADA. DUPLA RECIDIVA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. Se as instâncias ordinárias, com base no acervo fático-probatório, entendeu que a conduta imputada ao paciente configura a prática do crime de estupro, a análise do pedido de desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 não se mostra cabível na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. Precedentes.

4. Hipótese em que não se infere flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, porquanto o aumento superior ao mínimo fixado mereceu fundamentação concreta, considerando a dupla reincidência do réu.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília (DF), 19 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.800 - SP (2013/0158884-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : V A D
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V A D (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por **V. A. D.**, em benefício próprio, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 214 do Código Penal, com a redação anterior às alterações trazidas pela Lei n. 12.015/2009.

Da sentença, foi interposta apelação perante a Corte de origem, que restou provida, em parte, tão somente para afastar a imposição da pena pecuniária e reduzir a sanção corporal para 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão.

Neste *writ*, o impetrante/paciente sustenta, em síntese, que a autoria e materialidade do crime seriam duvidosas, pugnando pela desclassificação do crime de estupro para a contravenção da importunação ofensiva ao pudor (e-STJ, fl. 2-20).

Os autos foram encaminhados para a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que sustentou nada haver "de extraordinário na reincidência do paciente que justificasse aumento acima do mínimo de 1/6, mas tão somente dois processos transitados em julgado". Assim, requer o redimensionamento da pena (e-STJ, fls. 9-98).

Não foi deduzido pleito de liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 108/115).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.800 - SP (2013/0158884-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : V A D
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V A D (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ESTUPRO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONTRAÇÃO PENAL DO ART. 61 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA EM 1/5 MOTIVADA. DUPLA RECIDIVA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. Se as instâncias ordinárias, com base no acervo fático-probatório, entendeu que a conduta imputada ao paciente configura a prática do crime de estupro, a análise do pedido de desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 não se mostra cabível na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.
3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. Precedentes.
4. Hipótese em que não se infere flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, porquanto o aumento superior ao mínimo fixado mereceu fundamentação concreta, considerando a dupla reincidência do réu.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

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.

Inicialmente, se as instâncias ordinárias, com base no acervo fático-probatório, entendeu que a conduta imputada ao paciente configura a prática do crime de estupro, a análise do pedido de desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.688/1941 não se mostra cabível na estreita via do *habeas corpus*.

Quanto ao tema, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES. NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. As instâncias ordinárias entenderam que ficou evidenciado, das provas amealhadas aos autos, o dolo do acusado em satisfazer a sua lascívia, o que inviabiliza a pretendida desclassificação.

2. Para desconstituir tal conclusão, seria inevitável o exame aprofundado de todos os itens de prova produzidos no processo criminal, providência incabível na via estreita e célere do *habeas corpus*.

3. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a mera invocação desse dispositivo, como foi feito na espécie, não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

4. Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. Na falta de fundamentação concreta, consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais e aplicada a pena de 8 anos de reclusão, o regime legal cabível é o semiaberto, consoante disposto no art.

33, § 2º, "b", do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena."

(HC 220.742/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 11/03/2016.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 644.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 02/03/2016.)

Por outro lado, no que se refere ao *quantum* de exasperação da pena pela incidência da agravante da reincidência, está inscrito no acórdão ora impugnado:

"Na segunda etapa do cálculo, o acréscimo aplicado em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência deve ser abrandado ao patamar de 1/5 (um quinto), uma vez que dos três registros apontados pela ilustre Magistrada sentenciante, somente dois revelam recidivas (certidões alusivas aos processos nº 819/2003 e nº 733/2000, no apenso), pois o terceira certidão mencionada refere-se a uma decisão absolutória" (e-STJ, 64).

Como cediço, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE EM TELA DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA MEDIANTE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4 (UM QUARTO) PARA 1/5 (UM QUINTO). PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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

- Este Superior Tribunal de Justiça, seguindo o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação dos princípios da isonomia, da culpabilidade e do ne bis in idem.

- "A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido" (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).

- Embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte inclina-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, é devida e concretamente fundamentada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Hipótese em que remanescendo duas condenações definitivas aptas a serem consideradas como reincidência, e não três, como dito na sentença, o aumento na fração de 1/5 (um quinto) mostra-se proporcional ao caso em tela. Precedentes.
- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação." (HC 322.902/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. APENAS UMA COM TRÂNSITO EM JULGADO. REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.

No caso, o acréscimo da pena pela reincidência se deu em 1/4, sob o argumento de ser o paciente bireincidente específico. Todavia, tendo em vista que uma das condenações não possui indicação de trânsito em julgado, de rigor seja reduzida a mencionada fração de aumento, de 1/4 para 1/5, em razão de permanecer o paciente como reincidente específico.

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 (crime cometido com emprego de pelo menos duas armas de fogo e mediante comparsaria entre cinco a oito agentes).

4. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente Rodrigo de Souza Lima para 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias, mais 17 (dezessete) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 336.635/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015.)

In casu, verifica-se que o aumento da pena em 1/5 (um quinto) na segunda etapa do critério trifásico baseou-se na dupla reincidência do réu. Diante disso, não se infere flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, porquanto o aumento superior ao mínimo fixado pela jurisprudência mereceu fundamentação concreta.

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0158884-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 270.800 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014866120098260533 14866120098260533 1832009 5330120090014867

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : V A D
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V A D (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

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