



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.919 - SP (2015/0297946-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JOSE RODRIGUES DE SOUSA
ADVOGADO : JOSE RODRIGUES DE SOUSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : D DA S S (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. **WRIT** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Tendo sido realizada a dosimetria da pena, na primeira fase, com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo na via estreita do **writ**.

IV - O eg. Tribunal de origem, apoiado nos elementos de prova produzidos nos autos, concluiu que, "[...] ao analisar o conteúdo fático existente nos autos, percebe-se que o apelante realizou vários atos libidinosos diversos da conjunção carnal nas mesmas condições de tempo, modo e lugar, com idêntico modus operandi [...]" (fl. 91). Rever esse entendimento no sentido de afastar a continuidade delitiva, demandaria, impreterivelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (**precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de abril de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.919 - SP (2015/0297946-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de revisão criminal, impetrado em favor de D DA S S, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 9288373-89.2008.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de **9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, em regime inicialmente **fechado**, como incurso nas sanções dos artigos 214, **caput**, c.c 224, alínea **a** e 225, inciso I, na forma do artigo 71, todos do Código Penal.

No julgamento da apelação, o eg. Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena do paciente para **8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão**, mantendo, no mais, a r. sentença condenatória.

Interpostos recursos especial e extraordinário, ambos foram inadmitidos, ensejando a interposição de agravo em recurso especial, que não foi conhecido, e agravo em recurso extraordinário, que foi conhecido e desprovido, sobrevivendo, assim, o trânsito em julgado.

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da ausência de fundamentação na dosimetria da pena, quanto à exasperação da pena-base.

Requer que se proceda a nova dosimetria da pena, com o afastamento da continuidade delitiva e a redução da pena-base ao patamar mínimo legal.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 63-64).

Informações prestadas (fls.72-103).

O d. Ministério Público Federal, às fls. 109-111, manifestou-se "*[...] pelo não conhecimento do habeas corpus.*"

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.919 - SP (2015/0297946-0)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO
CABIMENTO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE
SEXUAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA
ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO
NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL.
MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AFASTAMENTO DA
CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME
FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.
WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Tendo sido realizada a dosimetria da pena, na primeira fase, com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

via estreita do **writ**.

IV - O eg. Tribunal de origem, apoiado nos elementos de prova produzidos nos autos, concluiu que, "[...] ao analisar o conteúdo fático existente nos autos, percebe-se que o apelante realizou vários atos libidinosos diversos da conjunção carnal nas mesmas condições de tempo, modo e lugar, com idêntico *modus operandi* [...]" (fl. 91). Rever esse entendimento no sentido de afastar a continuidade delitiva, demandaria, impreterivelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (**precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (**v.g.:** HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.:** HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena **caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório**. Vale dizer, “*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Assentada tal premissa, é cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no **caput** do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

No presente caso, busca-se com a presente impetração, em síntese, o reconhecimento da ausência de fundamentação do v. acórdão no ponto em que exasperou a pena-base do paciente em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, bem como o afastamento da continuidade delitiva.

Entretanto, verifico que não assiste razão ao impetrante.

Para delimitar a **questio**, transcrevo o seguinte excerto do v. acórdão impugnado:

*"[...] a r. sentença merece pequeno reparo em relação à dosagem da **pena-base**, fixada 1/3 acima do mínimo legal, fração esta que considero exacerbada,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo mais conveniente **reduzi-la a 1/6**.

Esclareça-se a correta fixação da pena-base acima do mínimo legal considerado o grau de amizade nutrido entre o apelante e a família da vítima, situação que o levou inclusive a ser escolhido como 'padrinho' do petiz, em clara demonstração de confiança, tanto que o menino pernoitava na sua moradia enquanto a mãe trabalhava, tendo o réu, nesse período, autoridade moral sobre a higidez física e mental da criança, condição pela qual aproveitou-se para praticar os atos libidinosos descritos na denúncia.

*Também é de se aclarar a **manutenção da continuidade delitiva**, aplicável quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar e execução e decorrentes de uma mesma atuação ou mesmo desígnio. Isso porque, ao analisar o conteúdo fático existente nos autos, percebe-se que a apelante realizou vários atos libidinosos diversos da conjunção carnal nas mesmas condições de tempo, modo e lugar, com idêntico modus operandi, estando perfeitamente correta a fração de 1/6, convenientemente aplicada, considerada a ausência de informação sobre quantidade de infrações e porque fixada dentro das balizas estabelecidas pelas margens penais e da discricionariedade que é dada ao juiz no processo individualizador da pena.*

*Retornando ao cálculo da pena, reduzida a fração aplicada no aumento da pena-base de cujo entendimento apresentado pela r. sentença fica mantido, tem-se em 7 anos de reclusão, após o que, será **aumentada em 1/6 pela continuidade delitiva** (artigo 71, caput, do Código Penal) e tornada definitiva em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, à mingua de outras circunstâncias modificadoras [...]" (fls. 90-91, grifei).*

Da análise da dosimetria realizada, constata-se que a pena-base do paciente foi fixada em um sexto 1/6 (um sexto) acima do piso legal ante circunstância judicial desfavorável representada pela conduta social negativa, sob o fundamento de que "[...]. considerado o grau de amizade nutrido entre o apelante e a família da vítima, situação que o levou inclusive a ser escolhido como 'padrinho' do petiz, em clara demonstração de confiança, tanto que o menino pernoitava na sua moradia enquanto a mãe trabalhava, tendo o réu, nesse período, autoridade moral sobre a higidez física e mental da criança, condição pela qual aproveitou-se para praticar os atos libidinosos descritos na denúncia. [...]" (fls. 90-91).

Analizando a primeira fase da dosimetria, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do patamar mínimo com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, que demonstram a maior reprovabilidade da conduta e não revelam, **de plano**, flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem de ofício.

Finalmente, quanto ao pedido de exclusão da continuidade delitiva, cumpre asseverar que se revela inviável a apreciação de tal matéria na via estreita do **habeas corpus**, por demandar impreterível revolvimento de material fático-probatório dos autos.

Esta Corte é pacífica no sentido de que o limite cognitivo da via do **habeas corpus** não permite a incursão na seara probatória, em razão do revolvimento dos elementos fáticos. Entender em sentido contrário, inclusive adentrando na seara dos fatos, provas e elementos de convicção considerados pelas instâncias ordinárias demandaria, impreterivelmente, cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. EXCLUSÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. O pedido de exclusão da continuidade delitiva, reconhecida pelo Tribunal de origem, demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, incabível pela estreita via do writ.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo, reduzindo as penas do delito de furto para 2 anos, 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, no regime aberto" (HC n. 190.494/ES, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 5/2/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO TIPIFICADO NO ART. 1º, I, DA LEI 8.137/90, EM CONTINUIDADE DELITIVA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CONCLUÍDO. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDOS DE RECLASSIFICAÇÃO DO DELITO E EXCLUSÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. ANÁLISE DE PROVAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. "Em tema de crimes contra a ordem tributária, a impetração de mandado de segurança após o esgotamento da instância administrativa é desinfluyente para a instauração da ação penal." (RHC 19.721/DF, 6ª Turma, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 09/04/2007.)

2. **A análise dos pedidos de reclassificação do delito e exclusão da continuidade delitiva requer o revolvimento da matéria fática** com o objetivo de se apurar em que tipo penal se enquadraria a conduta atribuída à acusada, bem como se as ações caracterizariam um ou mais delitos em continuidade delitiva, o que somente poderá ser discutido durante a instrução criminal.

3. *Habeas corpus parcialmente conhecido e, na parte conhecida, denegada a ordem*" (HC n. 55.971/PB, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 16/6/2008, grifei).

Ademais, o **quantum** de aumento da reprimenda pela continuidade delitiva não se mostra desproporcional, uma vez que foi estabelecido no patamar mínimo legal de 1/6 (um sexto).

Desse modo, ante a ausência de ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem de ofício, **não conheço da impetração**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0297946-0

HC 341.919 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00522378520058260050 050050522370 50050522370 522378520058260050
990080754360

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE RODRIGUES DE SOUSA
ADVOGADO : JOSE RODRIGUES DE SOUSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : D DA S S (PRESO)

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, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.