



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.965 - SP (2017/0136927-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : S P D

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA. ART. 61, II, f, CP. TERCEIRA ETAPA. CAUSA DE AUMENTO DESCRITA NO ART. 226 , II, CP. **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DISTINTAS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja 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 Lima**, DJU de 11/4/2005).

II - Considerando que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre os temas aventados na presente impetração, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

III - Em um juízo perfunctório dos autos, não há que se falar em ocorrência de **bis in idem** na utilização da agravante genérica contida no art. 61, inciso II, 'f', do CP e na aplicação da causa de aumento de pena descrita no art. 226, inciso II, do C P.

IV - Isso porque, a agravante foi utilizada em razão da coabitação, vale dizer, em razão do paciente e vítima compartilharem a mesma residência. Já a causa de aumento, teve sua correta aplicação, em face da condição de ascendente que o paciente ostenta em relação à vítima. Portanto, circunstâncias completamente distintas.

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

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.965 - SP (2017/0136927-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : S P D

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **S. P. D.**, contra o v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação Criminal n.0003502-55.2012.8.26.0218.

Depreende-se dos autos o paciente foi condenado à pena de **27 (vinte e sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 213, § 1º, c.c. os arts. 226, II, e 61, II, f, por vinte e cinco vezes, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa do paciente interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"Estupro. Art. 213, § 1º, CP. Pleiteia a defesa pela absolvição - Impossibilidade - conjunto probatório robusto para lastrear o decreto condenatório. Pena e regime mantidos. Recurso improvido" (fl. 11).

Daí o presente **writ**, no qual alega o impetrante, em breve síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente de **bis in idem** na dosimetria da pena, ao fundamento de que a agravante genérica prevista no art. 61, inciso II, 'f', do Código Penal e a causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, do mesmo diploma legal, dizem respeito as mesmas circunstâncias.

Requer, assim, seja afastada *"a aplicação da circunstância agravante constante no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, por ser norma de aplicação genérica que, caso persista, implicará a violação do princípio da especialidade, que é plenamente aplicável no caso em exame"* (fl. 8).

Ausente pedido liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 58-81.

O eminente representante do Ministério Público Federal, às fls. 85-86, manifestou-se pela denegação da ordem, conforme parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. PENAL. ESTUPRO. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 61, II, F, DO CP E DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA ESPECÍFICA PREVISTA NO ART. 226, II, DO CP. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DESSA CORTE SUPERIOR. PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 85).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.965 - SP (2017/0136927-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : S P D

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. ESTUPRO. SUPRESSÃO
INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE.
APLICAÇÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA.
ART. 61, II, f, CP. TERCEIRA ETAPA. CAUSA DE
AUMENTO DESCRITA NO ART. 226 , II, CP. **BIS**
IN IDEM. INOCORRÊNCIA.
CIRCUNSTÂNCIAS DISTINTAS. **HABEAS**
CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja 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 Lima**, DJU de 11/4/2005).

II - Considerando que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre os temas aventados na presente impetração, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

III - Em um juízo perfunctório dos autos, não há que se falar em ocorrência de **bis in idem** na utilização da agravante genérica contida no art. 61, inciso II, 'f', do CP e na aplicação da causa de aumento de pena descrita no art. 226, inciso II, do C P.

IV - Isso porque, a agravante foi utilizada em razão da coabitação, vale dizer, em razão do paciente e vítima compartilharem a mesma residência. Já a causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aumento, teve sua correta aplicação, em face da condição de ascendente que o paciente ostenta em relação à vítima. Portanto, circunstâncias completamente distintas.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Ab initio, insta consignar que as insurgências não foram objeto de análise pela Corte local, na medida em que as questões foram diretamente aviadas para apreciação deste Tribunal Superior.

Assim, considerando que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre os temas aventados na presente impetração, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Perfilhando esse entendimento, trago os seguintes julgados desta Corte Superior:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITOS DE RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E DE PRISÃO DOMICILIAR NÃO LEVADOS À APRECIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL PREJUDICADO. DENÚNCIA OFERTADA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS OPERANDI. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - As questões relativas aos pleitos de reconhecimento da incompetência do Juízo de Primeira Instância e da prisão domiciliar prevista no art. 318 do Código Penal, não foram objeto de apreciação pelo eg. Tribunal a quo, razão pela qual fica impedida esta eg. Corte de proceder a tais análises, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes).

II - Alegação de excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial já superada pelo Tribunal de origem, na medida em que já foi ofertada denúncia no feito em tela. Pleito prejudicado.

III - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

IV - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade dos ora recorrentes acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerado o fato de se tratar de "um grupo de indivíduos, reunidos com características típicas de organização criminosa, atuante no município de Mirassol D'Oeste, Cuiabá e Várzea Grande que estaria traficando drogas, notadamente, a substância conhecida vulgarmente como 'cocaína', para outros estados da federação, sobretudo, Maranhão e Santa Catarina, apresentando uma logística bastante avançada".

V - Por outro lado, "a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (HC n. 95.024/SP, Primeira Turma, Relª. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 20/2/2009).

Recurso ordinário não provido" (RHC n. 68.691/MT, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 16/8/2017).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. NULIDADES. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO. VÍCIO SANADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. LAUDO PERICIAL REALIZADO COM BASE EM EXAME PARTICULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - "A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5.º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

independentemente de coabitação" (CC n. 100.654/MG, Terceira Seção, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 13/5/2009).

II - No que se refere à nulidade da citação, o juízo de origem reconheceu o equívoco em relação à realização da citação por hora certa, anulando o ato e determinando a citação por edital, não se constatando prejuízo para a defesa.

III - Ao juiz é dado decretar a prisão preventiva, inclusive de ofício, quando no curso do processo, consoante se depreende daleitura do art. 311, do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal pela ausência de intimação da defesa.

*IV - Quanto à nulidade do laudo pericial, realizado com base em exame particular, **não houve pronunciamento sobre o tema por parte do eg. Tribunal a quo, de modo que não é possível ao Superior Tribunal de Justiça conhecer pela vez primeira de matéria não debatida nas instâncias ordinárias, sob pena de indevida supressão de instância. Recurso ordinário desprovido"** (RHC n. 51.303/BA, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 18/12/2014).*

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA. ILEGALIDADE DO INDEFERIMENTO DE PERÍCIA REQUERIDA PELA DEFESA EM RESPOSTA À ACUSAÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A aventada ilegalidade do indeferimento de perícia requerida pela defesa em resposta à acusação não foi alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação desta Corte Superior de Justiça sobre o tópico, evitando-se com tal medida a atuação em indevida supressão de instância.

2. Da leitura do acórdão objurgado, observa-se que em momento algum o mérito do writ originário foi enfrentado pela Corte de origem, que, equivocadamente, entendeu que tal questão não repercutiria na liberdade de locomoção do réu, o que evidencia a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, ensejando constrangimento ilegal passível de ser remediado com a concessão da ordem de habeas corpus, ainda que de ofício.

3. Esta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, tem analisado, na via do remédio constitucional, se a negativa de produção de prova pleiteada pelo acusado encontra-se ou não fundamentada, já que eventual cerceamento do direito de defesa do réu atinge, ainda que indiretamente, a sua liberdade, não se tratando, portanto, de matéria que não pode ser apreciada no âmbito do mandamus.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinar a baixa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para que aprecie o mérito do mandamus lá impetrado" (RHC n. 61.304/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Leopoldo de Arruda Raposo** - Desembargador convocado do TJ/PE, DJe de 29/9/2015).

Ainda, em um juízo perfunctório dos autos, denota-se que na segunda fase da dosimetria, em razão da incidência da agravante genérica do art. 61, inciso II, "f", a pena foi acrescida em 1/6 (um sexto) e, na derradeira etapa, em face da causa de aumento descrita no art. 226, inciso II, do Código Penal, foi majorada em 1/2 (metade), não ocorreu o alegado **bis in idem**.

Isso porque, a agravante foi utilizada em razão da coabitação, vale dizer, em razão do paciente e vítima compartilharem a mesma residência, conviverem sobre o mesmo teto, no mesmo lar. Já a causa de aumento, teve sua correta aplicação, em face da condição de ascendente que o paciente ostenta em relação à vítima.

Portanto, são circunstâncias completamente distintas, não podendo se confundir, a coabitação, ou seja, a partilha do mesmo local em que residiam paciente e vítima, com o parentesco que eles possuem.

Por oportuno, em casos análogos, assim já decidiu esta Corte Superior de Justiça:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 61, II, f, DO CÓDIGO PENAL E DA CAUSA DE AUMENTO ESPECÍFICA DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DO ALEGADO BIS IN IDEM. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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 writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- **Não há bis in idem na incidência da agravante genérica do art. 61, inciso II, alínea f, e na causa de aumento específica do art.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

226, inciso II, ambas do Código Penal, uma vez que as instâncias ordinárias fundamentaram a aplicação da agravante na coabitação e, quanto à causa específica, apontaram a condição do acusado ser pai das vítimas, mantendo com as menores o vínculo familiar expresso no pátrio poder, cuja relação de prevalência é totalmente diversa da relação de coabitação. Com efeito, não é condição de coabitação a relação de ascendência, ou vice versa, demonstrando, assim, tratar a lei de situações totalmente distintas. Precedentes desta Corte.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 336.120/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/4/2017).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0136927-7

HC 402.965 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00035025520128260218 20150000092246 2292012 35025520128260218

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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 : MARIO EDUARDO BERNARDES SPEXOTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : S P D

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."

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