

**HABEAS CORPUS Nº 471.401 - SP (2018/0253180-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PRISCILA DOMICIANO DA SILVA - SP222366  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : F DE A B (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/24), com pedido liminar, impetrado em benefício de F DE A B, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0036703-52.2016.8.26.0071 - fls. 25/46).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou o ora paciente, por infração ao art. 217-A, do Código Penal, a cumprir a pena de **8 anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado** (fls. 47/51).

Irresignadas, a defesa e a acusação interpuseram, cada uma, apelação criminal, na Corte estadual, que deu provimento ao recurso ministerial e negou provimento ao recurso defensivo, a fim de impor ao réu, ora condenado como incurso no art. 217-A, *caput*, c.c. 226, inciso II, do Código Penal, a pena de **14 anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado**, mantidos os demais termos da sentença. Transcreve-se, a seguir, a ementa do julgado:

*"PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES.*

*Apelo defensivo pela absolvição por fragilidade probatória e fixação do regime inicial semiaberto. Apelo ministerial pelo aumento da pena-base (maus antecedentes) e reconhecimento da majorante do art. 226 II, do CPP. Pertinência do apelo ministerial, descabimento do defensivo.*

*1. Pertinência na manutenção do desate condenatório. Materialidade e autoria bem demonstradas pelas peças de instrução. A verificação de resultado negativo no laudo de*

*sexologia forense não fulmina a causa, eis que o modus operandi do agente não envolveu consórcio carnal com a menor, de apenas cinco anos de idade à época, mas somente toques lascivos na zona genital da menina. Autoria certa. Provas orais, incluindo o relato da vítima, atestam a pertinência do desate condenatório.*

*Depoimento da vítima condizente com a idade e o respectivo grau de maturidade intelectual, bem como o visível grau de fragilidade emocional decorrente dos abusos sexuais. Inexistência de razões para, in concreto, se deduzir por uma elucubração fantasiosa quanto aos fatos pela criança, que, até então, mantinha vínculo afetivo com o réu. A mera condição de testemunha referencial (hearsay witness) não invalida o relato como prova, ainda que como forma de se apurar o contexto fático ou a autenticidade da reação da vítima. Ademais, o acusado foi surpreendido por uma das ditas testemunhas ouvidas em juízo com a menina no colo, o que a torna presencial aos fatos. Condenação mantida.*

*2. Reforma no dimensionamento das penas. A) Aumento da pena-base. Cabimento. Exasperação em 1/6. Maus antecedentes provados pela folha de antecedentes e personalidade pouco ajustada aos valores sociais. B) Majorante. Provas orais, inclusive o próprio relato da menina, indicam a ascendência ou autoridade do réu sobre ela, a ponto de ser tratado como vó (ele foi companheiro da já falecida avó da vítima), com plena facilidade de acesso a ela até então. Incidência da causa de aumento do art. 226, inciso II, do CP. C) Regime inicial semiaberto. Descabimento. Crime hediondo. Pena bem superior a oito anos. Art. 33, § 2º, 'a', do CP. Gravidade concreta do delito, sopesada a tenra idade da vítima, psicologicamente afetada pelo crime. Resposta punitiva proporcional. Fins punitivo e dissuasório das penas. Provimento do apelo ministerial desprovido o defensivo." (fls. 26/28).*

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta a impossibilidade de se considerar condenação anterior, cuja pena foi extinta há mais de 5 anos antes do cometimento de novo delito, para aumentar a pena do condenado, a título de **maus antecedentes**.

Aduz que, para a incidência da causa de aumento do **art. 226, inciso II, do Código Penal**, seria imprescindível a prova concreta de que o paciente realmente exercia autoridade sobre a vítima, que não foi fornecida no caso.

Alega que, caso reduzida a pena do paciente, seria perfeitamente aplicável o **regime inicialmente semiaberto**.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, seja a ordem concedida, para que se restabeleça a pena fixada na sentença, bem como se fixe o **regime prisional inicial semiaberto**.

A liminar foi indeferida, às fls. 71/73.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 78/83).

É o relatório.

**Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

A impetrante apontou a ocorrência de ilegalidades no acórdão impugnado: a pena-base do paciente foi exasperada em razão de condenações pretéritas cuja reprimenda correspondente foi integralmente cumprida, em **período anterior a 5 anos** em relação aos fatos ora imputados; a pena do paciente foi aumentada em 1/2, na terceira etapa dosimétrica, ante a inidônea aplicação do **art. 226, inciso II, do Código Penal**; e foi fixado o **regime prisional inicial fechado** sem motivação concreta.

Para a adequada delimitação das questões, colaciono o excerto seguinte do acórdão reprochado:

*"O apelo ministerial merece provimento, ao passo que o apelo defensivo deve ser desprovido.*

*Colhidas, ainda na fase inquisitiva, as declarações de interesse ao caso (fls. 13,14,15/16,17,18), a que se seguiu a juntada do laudo de sexologia forense (fls. 128/130). Em juízo, foram ouvidas a vítima N.F.A.A. e quatro testemunhas de acusação, A C A (genitora da vítima), Â A de A A (prima da vítima e*

*testemunha ocular do fato) e os policiais militares C A G C e G R da S C, interrogando-se o acusado ao final (mídia anexa aos autos DIGITAIS).*

*Malgrado o elogiável esforço de argumentação da Defensoria Pública, diverso não deve ser o desate técnico do caso senão a condenação.*

*MATERIALIDADE e AUTORIA bem demonstradas pelas próprias peças de instrução, não se cogitando dúvidas quanto à identificação do algoz, haja vista o liame de parentesco com a vítima, haja vista o vínculo marital de F com a já falecida avó da vítima. Por outro lado, em que pese a insistente negativa de F (mídia anexa aos autos digitais), subsequente ao rompimento do silêncio da fase policial (fls. 18), a existência dos fatos e a respectiva materialidade possuem assento nos autos, com destaque para as provas testemunhais. E nem se afirme que o resultado NEGATIVO do laudo de sexologia forense (fls. 128/130) levaria à depleção do caso, com improcedência da ação penal, porque, do quanto apurado da narrativa fática, não haveria como se detectarem vestígios no modus operandi do agente, consistente em toques lascivos no canal vaginal da ofendida. Por esse viés, é indubitosa a técnica legal, que franqueia a apuração da verdade real dos fatos, na inexistência de vestígios (delicta facti transeuntis), à produção de prova oral, nos termos do artigo 167 do Código de Processo Penal. E, por essa perspectiva, percebe-se que a genérica versão exculpatória do acusado restou totalmente isolada, já que à palavra da vítima se acrescem, monoliticamente, os quatro relatos testemunhais, colhidos sob compromisso.*

*A vítima N.F.A.A. apresentou, quanto possível, uma confirmação dos fatos, interrompida por uma crise compulsiva de choro que, no entanto, só viria conferir maior tônica de autenticidade à narrativa (mídia anexa aos autos digitais). Respondendo às perguntas iniciais do magistrado, a menina confirmou que se referia habitualmente a F como vô, em vista do liame afetivo constituído na época de convivência marital com a avó daquela, e não desfeito mesmo após a ruptura da figura avoenga pela superveniência de sua morte. N.F.A.A. assegurou essa informação, dizendo que já não gostava mais do vô, sem ter tido maiores condições de explicar o porquê, em razão da crise de choro. Essas informações pontuais, tidas como lacônicas pela Defesa, devem ser contextualizadas segundo o grau de maturidade intelectual e de capacidade de articulação da vítima, não se olvidando o impacto psicológico do crime. E, se de um lado, não haveria sentido em se exigir um relato mais articulado por parte da vítima, com cinco anos de idade, por outro, não se desconsidera o quanto obtido com sua oitiva, vez que a palavra da vítima não se viu tomada isoladamente, mas*

*em conjuminância com todo o restante do acervo de provas. E, ainda que se registrem episódios, em precedentes processuais, inclusive no bojo do repertório pretoriano estrangeiro (como se vê das razões recursais, reiterando os memoriais da Defensoria Pública a respeito da jurisprudência norte-americana), acerca da fragilidade da memória, nada em concreto se viu indicado a sugerir o comprometimento dos testigos pelo decurso do tempo ou por qualquer circunstância específica, até por conta da elogiável celeridade do feito, digital, no interregno entre os fatos e a realização da audiência de instrução, consistente em cerca de oito meses apenas. Da mesma forma, apenas de forma puramente abstrata se fez alusão ao caráter de sugestionabilidade da criança, no que se refere às suas habilidades mnemônicas ou às suas reações psicológicas. Concretamente, no entanto, nada foi sugerido, a ponto de infirmar a autenticidade do relato da ofendida, cujos abusos sexuais foram presenciados, em parte, por terceira pessoa - vale frisar. A menos que se pudessem, específica e seguramente, deduzir elementos que inquinassem a confiabilidade das provas orais ou o caráter fidedigno das narrativas reproduzidas em juízo, conviria lançar os argumentos defensivos expostos. No entanto, boa parcela das razões defensivas possui forte carga teórica apenas, buscando-se, em vão, maior força persuasiva para tais argumentos com base em exemplos teratológicos, como o caso Beth Rutherford (1992), que, por manipulação mental, chegou a falsamente imaginar ter sido estuprada pelo próprio pai e dele engravidado aos catorze anos. Enfim, sem se deixar de conferir loas ao esforço da Defesa, nem desmerecer suas considerações, o caso concreto reflete a crueza de parcela significativa dos episódios de violência sexual na realidade brasileira.*

*Com efeito, os demais relatos testemunhais apenas robusteceram a conclusão pela condenação do acusado. **Destaca-se nesse conjunto o testemunho de Â A (mídia anexa aos autos digitais). De acordo com a testemunha, F era tido como um parente e frequentava habitualmente a casa onde se deram os fatos. Na ocasião, o réu lá chegou sob aparente efeito de embriaguez (grosseiro ao falar) e foi surpreendido pela testemunha com a mão junto à cintura. A testemunha, embora não tenha chegado a ver os dedos introduzidos na vagina de N.F.A.A., coonestou com veemência que os shorts da menina estavam desabotoados e descreveu a estranha reação de surpresa de F, que jogou a menina, então sentada em seu colo, no chão, longe dele. Â afirmou que N.F.A.A. meneou a cabeça afirmativamente, a ser perguntada a respeito de alguma coisa errada, e de imediato, começou a chorar (mídia anexa aos autos digitais). F, atônito por ter sido surpreendido pela prima da vítima, fugindo em seguida, reação indiciária que desconfirma, em absoluto, a***

*narrativa exculpatória vertida por ele em juízo. Por fim, outro ponto de destaque no depoimento de Â A é a alusão específica às mudanças de comportamento em N.F.A.A. após o ocorrido, vez que, segundo a testemunha, a menina passou a exibir uma postura triste e estranha.*

*Além do depoimento da testemunha PRESENCIAL ao fato, as demais provas orais também fortalecem a conclusão condenatória. A genitora da vítima, A C A, destacou que F estabeleceu um relacionamento com a família toda, o que lhe proporcionou livre trânsito na casa e amplo acesso a N.F.A.A.. Segundo a testemunha foi informada por Â, F fora surpreendido com a menina em seu colo, esta trazendo os shorts desabotoados. A C inteirou-se que Â, ao confrontar a criança sobre o que ocorrera, ouviu desta que o réu introduzira o dedo em sua perereca. A conversa fora motivada pela inexplicável reação de F em jogar N.F.A.A. de repente no chão, ao ser visto por Â com a menina no colo. A C corroborou, ainda, que a filha lhe relatara a mesma estória, de forma que a testemunha ouviu o mesmo relato de duas fontes distintas. De acordo com a mesma depoente, também, F foi encontrado somente algumas horas depois, no mesmo dia, depois de sumir por um tempo. Até então, o relacionamento do acusado com o núcleo familiar de N.F.A.A. e com a própria vítima transcorria normalmente, chegando a criança a nutrir certo afeto pelo avô postíço. A mãe da vítima afiançou que N.F.A.A. gostava do réu e não tinha o hábito de inventar estórias, nada levando a supor por um interesse transversal em se fabricar uma narrativa mendaz para prejudicar F. O único traço incomum na postura do réu, que apenas era conhecido como Baiano pela família, era sua recusa em declinar seu nome verdadeiro (mídia anexa aos autos DIGITAIS). Assim sendo, revela-se incongruente a conclusão de F, que também admitiu haver, antes dos fatos, um bom relacionamento com a família toda, de que as acusações seriam fruto de uma mentira formulada por alguém que teria bronca dele. NÃO sabendo afirmar quem seria tal pessoa.*

*[...]*

*Passo ao exame das penas, com análise dos pleitos recursais do Ministério Público e do pedido subsidiário feito pela Defensoria Pública.*

*[...]*

*A dosimetria comporta reparos, como bem anotou o Ministério Público em suas razões de apelação (fls. 378/380). Com efeito, o ponto fulcral do recurso é o incremento da pena-base acima do mínimo, em virtude dos maus antecedentes do acusado. **Procede o reclamo. Dos autos constam as folhas de antecedentes de F, que exibe condenações prévias por dois furtos simples***

*(Processo n° 61/1995; processo n° 547/1994) e ato obsceno (Processo n° 2277/1993).*

*Assim, não poderia fazer jus à pena-base no mínimo, ferindo-se o critério de isonomia em relação a quem nunca delinuiu. Ademais, por ostentar múltiplas condenações criminais pretéritas (nenhuma apta a ensejar reincidência), proporcional se mostra a elevação da pena inicial em 1/6, fixada, então, em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Na fase intermediária, não havia atenuantes nem agravantes a serem sopesadas. Por fim, incabível, como visto na sentença, o afastamento da causa especial de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal. O conteúdo das provas orais denota a ascendência do acusado sobre a vítima, a qual se referia àquele como vô. O liame familiar indiretamente formado no período de união estável com a avó da ofendida tornou perene o livre acesso do acusado à residência da família e à própria N.F.A.A., confiada à sua presença, inclusive, à falta de outro adulto. 'Incide a causa de aumento do artigo 226, II, do Código Penal, se o ofensor, embora não fosse legalmente o avô da vítima, era por esta assim considerado' (TJSP, RT 780/597-598). Destarte, cabível novo incremento de pena, na fração legal de 1/2, de forma a se atingirem as reprimendas, tornada definitivas, correspondentes a 14 (catorze) anos de reclusão. O regime inicial fechado é o único cabível na espécie, desprovendo-se, assim, o pleito subsidiário da Defesa. A gravidade concreta, debelada nos fatores acima descritos, e denotativa da prática de crime HEDIONDO, com penas fixadas bem acima do patamar do artigo 33, § 2º, 'a', do Código Penal, justifica, seja à luz do princípio da individualização das penas, seja pela peculiaridade do caso, a imposição do regime mais gravoso como único suficiente à repressão e à prevenção, geral e especial, do delito. Não há, de fato, que se cogitar de benefícios penais, à minguada de coerência com os artigos 44 e 77 do Código Penal. (fls. 31/44).*

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/03/2015).

Nesse contexto, a **exasperação da pena-base** deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado,

os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes: AgRg no HC 355.362/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016; HC 332.155/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016; HC 251.417/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015; HC 234.428/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014.

Entretanto, salienta-se que o entendimento desta Corte firmou-se também no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a **exasperação da pena-base**, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa.

O aumento de pena superior a esse *quantum*, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ.*



*PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).*

*- A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.*

*- Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*

*Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. Precedentes.*

*- No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.*

*[...]*

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 403.338/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL*

*NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem.*

*2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré.*

*3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.*

*4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).*

*5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017).*

Como se percebe, da leitura do excerto anteriormente colacionado, a exasperação da pena-base, na fração de **1/6** sobre o mínimo legal, está devidamente fundamentada, com remissão a particularidades do caso concreto que desbordam das elementares do tipo, notadamente, aos **maus antecedentes do agente**.

A jurisprudência desta Corte tem posicionamento firme no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da **reincidência**, mas não impedem a configuração de **maus antecedentes**, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.

Nesse sentido, confirmam-se precedentes desta Corte:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. NULIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. SENTENÇA. PREJUDICIALIDADE. PENA-BASE. TRÊS CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR. ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. INDULTO. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO. REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE TERMO DE RENÚNCIA OU RECURSO QUANDO DA INTIMAÇÃO DO PACIENTE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.*

[...]

3. O paciente possui três condenações anteriores transitadas em julgado antes da prática do delito em questão. A primeira foi alcançada pelo período depurador do art. 64, I, do Código Penal - CP e as outras tiveram suas penas extintas em razão de indulto concedido pelo juízo da execução penal.

**Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, configuram maus antecedentes.**

Registra-se, ainda que 'a extinção da punibilidade pelo indulto não afasta os efeitos da condenação, dentre eles a reincidência, uma vez que só atinge a pretensão executória' (AgRg no HC 409.588/SP, Rel.

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2017).

Considerando-se duas condenações na primeira fase e uma na segunda, os aumentos, respectivamente, de 1/4 e 1/6 mostram-se idôneos e em consonância com a jurisprudência desta Corte. Precedentes.

[...]

*Habeas corpus não conhecido. (HC 392.766/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 15/10/2018)*

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO CONTIDA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DA BENESSE. REGIME FECHADO. ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUSPENSÃO OU SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. DESCABIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 44 E 77, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

**II - Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes.**

**III - Diante da existência de precedentes em ambos os sentidos e tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes.**

[...]

**V - Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, a condenação anterior existente, ainda que alcançada pelo período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não seja apta a caracterizar a agravante da reincidência, configura maus antecedentes, razão pela qual fica impedida a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º,**

*da Lei de Drogas, diante da ausência do preenchimento dos requisitos legais.*

[...]

*Habeas corpus não conhecido (HC 446.042/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24/05/2018, DJe 29/05/2018).*

Também a elevação da reprimenda, na terceira etapa dosimétrica, encontra-se concretamente justificada, no reconhecimento da causa de aumento do art. 226, inciso II, do Código Penal ('*A pena é **augmentada de metade**, se o agente é **ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela***').

Após cognição exauriente, a instância *a quo*, soberana em matéria de fatos e provas, firmou o juízo de que o ora paciente teria ascendência sobre a vítima e livre acesso a ela, além de gozar da amizade da família, por servir como uma espécie de avô (ex-companheiro da avó biológica), estando caracterizado o parentesco socioafetivo.

Em casos semelhantes, esta Corte Superior tem admitido o reconhecimento da referida causa de aumento de pena.

Ademais, a reforma do quadro delimitado na origem demandaria amplo reexame fático-probatório, a que não se presta esta via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

[...]

**DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. RELAÇÃO DE PARENTESCO AFETIVO COMPROVADO. SÚMULA 83/STJ. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.**

*1. As instâncias ordinárias concluíram que o acusado prevaleceu-se da relação doméstica, derivada do fato de ser casado com a avó da vítima.*

2. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a majorante prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal deve incidir sempre que restar demonstrada a relação de autoridade entre a vítima e o acusado.

3. Ademais, o afastamento da exasperação depende de nova incursão no conjunto probatório, de modo a alterar as premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias antecedentes. Tal providência, contudo, não é cabível nos estreitos limites do recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.581.633/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 04/10/2018, DJe 26/10/2018)

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CP. RÉU ASCENDENTE DA VÍTIMA. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. WRIT NÃO CONHECIDO.**

[...]

5. Conforme o consignado na sentença, o paciente é pai do genitor da vítima, tratando-se, portanto, de seu ascendente para fins do art. 226, II, do CP. Oportuno destacar, ainda, que a condição de ascendente deve ser reconhecida mesmo que a filiação advenha da adoção, a teor do art. 227, § 6º, da Constituição da República, o que torna, de per si, despicienda a realização de exame de DNA para a comprovação do vínculo parental entre o agente e a vítima. Além disso, dúvida não há acerca do papel de autoridade exercido pelo agente, o qual se valeu de sua condição de avô para submeter a menor a prática do ato libidinoso, enquanto ela pernoitava em sua casa, circunstância bastante para o reconhecimento da causa de aumento de pena.

6. Para desconstituir a conclusão das instâncias ordinárias, as quais reconheceram a incidência de aumento do art. 226, II, do CP, seria necessário revolver as provas amealhadas nos autos, providência que não se coaduna com a via do habeas corpus.

[...]

8. Writ não conhecido. (HC 410.186/TO, Rel. Ministro RIBEIRO

*DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. OFENSA AO ART. 226, INCISO II, DO CP. IMPROCEDÊNCIA. AGENTE TIO-AVÔ DA VÍTIMA. CAUSA DE AUMENTO APLICÁVEL SE O AUTOR EXERCE AUTORIDADE, A QUALQUER TÍTULO, SOBRE A VÍTIMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*[...]*

*IV - Não há ilegalidade na imposição, no caso, da causa de aumento de pena do art. 226, inciso II, do Código Penal, pois o mencionado preceito abrange todo o agente que, por qualquer título, tenha autoridade sobre a vítima.*

*Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.716.592/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 07/03/2018)*

Mantida a pena definitiva no patamar em que fixada na origem - **14 anos de reclusão** -, fica prejudicado o pedido de abrandamento do seu regime de início de cumprimento, uma vez que, na hipótese, só é possível a fixação do **regime prisional inicial fechado**, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal.

Sobre o tema:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "A", DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*[...]*

*8. Inalterada a pena aplicada ao paciente, fica prejudicado o pedido de abrandamento do regime prisional, porquanto, estabelecida a reprimenda corporal em patamar superior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado, consoante dispõe o art. 33, § 2º, a, do Código Penal.*

*9. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 479.095/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 21/02/2019)*

Ante todo o exposto, ausente qualquer ilegalidade flagrante, com base no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator