HABEAS CORPUS Nº 495.888 - RJ (2019/0059555-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DIEGO DELEON LOPES DA SILVA
ADVOGADO	:	DIEGO DELEON LOPES DA SILVA - MG142805
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	H P G (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de H P G, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, assim ementado (fls. 30/31):

> REVISÃO CRIMINAL. O REQUERENTE PRETENDE O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO DIANTE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8072/90 E A SUA SOLTURA.
> [...]
> 4. No mérito, penso que não assiste razão ao requerente. O Réu foi condenado à pena final de 06 (seis) anos de Reclusão. O Magistrado a quo estabeleceu o Regime Fechado apenas com fulcro no artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/1990 (index 000002 do Anexo 1). Também neste sentido o Julgamento proferido pela e. 3ª Câmara, que manteve o Regime mais gravoso, destacando:
> "Dosimetria penal medida no mínimo legal, decorrendo o regime inicial fechado de comando legal " (index 000025). É certo que o Supremo Tribunal Federal, por força da decisão proferida nos autos do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, que instituiu a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados. É certo, também, que se trata de réu primário e, em tese, de bons antecedentes. No entanto, penso que o Regime Fechado deve e pode ser mantido. O Réu é tio da vítima, a qual, à época, contava com apenas 08 anos de idade. De acordo com o que restou comprovado nos autos de origem, ora compulsados eis que eletrônicos, o Réu, aproveitando-se da condição de tio, levou a ofendida para sua casa, onde retirou o short e a calcinha da mesma, passou shampoo em seu ânus, começou a introduzir o pênis no ânus da vítima , mas, como a menina chorava e dizia estar com vontade de defecar, ele interrompeu o ato e passou a se masturbar na frente da mesma, bem como lhe deu dinheiro para que não dissesse nada a ninguém. Com a devida vênia, penso que todos estes fatos estão a ensejar reprovabilidade rigorosa e maior rigor, também, no acompanhamento do cumprimento da pena. Com tais argumentos, penso que este Grupo de Câmaras pode perfeitamente manter o Regime mais gravoso, adotado em Sentença, aplicando, por analogia, em sede de Revisão Criminal, a mesma ratio das recentes decisões do c. STJ: "(...) A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode,

> mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do ne reformatio in pejus, desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória (...). (HABEAS CORPUS Nº 439.164 - ES - 2018/0048278-5, RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS IMPETRANTE, julgado em 20/3/2018, publicado em 26/3/2018).
> 5. REVISÃO IMPROCEDENTE.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em sentença confirmada pelo 2º grau, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 214 c/c o 224, 'a' do Código Penal, vigentes à época.

No presente *writ*, o impetrante sustenta ilegalidade decorrente da ausência de fundamentação idônea para a fixação do regime fechado, asseverando que foi reconhecida a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes de hediondos ou equiparados.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para alterar o regime inicial para o semiaberto ou para permitir a prisão domiciliar ao paciente.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação do *habeas corpus* (fls. 90/91).

É o relatório.

DECIDO.

Consoante relatado, busca o impetrante a fixação do regime inicial semiaberto, em razão da ausência de fundamentação idônea para estabelecer o mais gravoso.

Acerca do tema, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim entendeu (fls. 86/84):

> O Réu foi condenado à pena final de 06 (seis) anos de Reclusão.
> O Magistrado a quo estabeleceu o Regime Fechado apenas com fulcro no artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/1990 (index 000002 do Anexo 1).
> Também neste sentido o Julgamento proferido pela e. 3ª Câmara, que manteve o Regime mais gravoso, destacando: "Dosimetria penal medida no mínimo legal, decorrendo o regime inicial fechado de comando legal " (index 000025).
> É certo que o Supremo Tribunal Federal, por força da decisão proferida nos autos do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, que instituiu a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados.
> É certo, também, que se trata de réu primário e, em tese, de bons

antecedentes.

No entanto, penso que o Regime Fechado deve e pode ser mantido.

O Réu é tio da vítima, a qual, à época, contava com apenas 08 anos de idade. De acordo com o que restou comprovado nos autos de origem, ora compulsados eis que eletrônicos, o Réu, aproveitando-se da condição de tio, levou a ofendida para sua casa, onde retirou o short e a calcinha da mesma, passou shampoo em seu ânus, começou a introduzir o pênis no ânus da vítima , mas, como a menina chorava e dizia estar com vontade de defecar, ele interrompeu o ato e passou a se masturbar na frente da mesma, bem como lhe deu dinheiro para que não dissesse nada a ninguém. Com a devida vênia, penso que todos estes fatos estão a ensejar reprovabilidade rigorosa e maior rigor, também, no acompanhamento do cumprimento da pena.

Com tais argumentos, penso que este Grupo de Câmaras pode perfeitamente manter o Regime mais gravoso, adotado em Sentença, aplicando, por analogia, em sede de Revisão Criminal, a mesma ratio das recentes decisões do c. STJ:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE ACENTUADA. VÍTIMA DE TENRA IDADE. ELEMENTAR DO TIPO PENAL. BIS IN IDEM CONFIGURADO. QUANTUM DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. IMPRECISÃO QUANTO AO NÚMERO DE ATOS SEXUAIS. PRESCINDIBILIDADE. CRIANÇA SUBMETIDA À PRÁTICA DE INÚMEROS ABUSOS SEXUAIS. FRAÇÃO DE 2/3 JUSTIFICADA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 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. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório.
>
> 3. Para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. 4. No caso dos autos, as instâncias ordinárias justificaram a maior culpabilidade do paciente no fato de a vítima contar com apenas 6 anos de idade, circunstância que, apesar de causar maior repulsa e, de fato, tornar a ação mais reprovável, configura elementar do tipo penal, o qual já possui a pena aumentada em

relação ao crime descrito no art. 213 do Código Penal, por se tratar de abuso sexual cometido contra menor de 14 anos. Com isso, resta demonstrado indevido bis in idem, devendo ser afastada a fundamentação utilizada para majorar a pena-base a título de culpabilidade. 5. A exasperação da pena do crime realizado em continuidade delitiva será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Nesse diapasão, esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumentode pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração 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. 6. Nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, torna-se bastante complexa a prova do exato número de crimes cometidos. Tal imprecisão, contudo, não deve levar o aumento da pena ao patamar mínimo. Especialmente quando o contexto apresentado nos autos evidencia que os abusos sexuais foram praticados por diversas vezes e de forma constante, até por que perpetrados pelo próprio pai, em ambiente de convívio familiar, sendo impossível precisar a quantidade de ofensas sexuais. Por conseguinte, mostra-se apropriado o aumento da pena na proporção máxima de 2/3. 7. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do ne reformatio in pejus, desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória. 8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do paciente para 24 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão. (HABEAS CORPUS Nº 439.164 - ES - 2018/0048278-5, RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS IMPETRANTE, julgado em 20/3/2018, publicado em 26/3/2018).

Diante do exposto, VOTO no sentido de ser JULGADA IMPROCEDENTE A REVISIONAL.

Como visto, o modo prisional mais severo foi estabelecido com fundamento na gravidade concreta do delito, tendo sido consignada a maior reprovabilidade da conduta, uma vez que *o Réu, aproveitando-se da condição de tio, levou a ofendida para sua casa, onde retirou o short e a calcinha da mesma, passou shampoo em seu ânus, começou a introduzir o pênis no ânus da vítima , mas, como a menina chorava e dizia estar com vontade de defecar, ele interrompeu o ato e passou a se masturbar na frente da mesma, bem como lhe deu dinheiro para que não dissesse nada a ninguém.*

A Terceira Seção decidiu ser possível, desde que com base em motivação concreta, estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele

que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso (HC n. 362.535/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

Assim, encontra-se devidamente fundamentada a escolha do regime fechado, em conformidade com o art. 33, §§2º, *a*, e 3º, c/c art. 59, ambos do CP.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator