HABEAS CORPUS Nº 496.405 - RS (2019/0062633-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	SERGIO ELEMAR LEONHARDT
ADVOGADO	:	SERGIO ELEMAR LEONHARDT - RS0075473
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	J S M DE L

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de J. S. M. DE L. apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação Criminal n. 0369552-13.2016.8.21.7000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 18/8/2016, pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Estrela (RS), como incurso no art. 213, *caput*, na forma do art. 71, *caput*, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de **9 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado**. Foi-lhe concedido o direito de apelar em liberdade (e-STJ fls. 29/40).

Irresignada, a defesa apelou, buscando a absolvição por fragilidade probatória e, subsidiariamente, a redução da pena ao mínimo legal e a fixação do regime inicial semiaberto.

Em sessão de julgamento realizada no dia 8 de novembro de 2017, a 8ª Câmara Criminal deu parcial provimento ao recurso para afastar a continuidade delitiva e redimensionar a pena imposta para **8 anos de reclusão**, sendo mantidas as demais disposições da sentença (e-STJ fls. 6/7).

> *APELAÇÃO-CRIME. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. GRAVE AMEAÇA. CONTINUIDADE DELITIVA. 1. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória. Relatos da vítima, coerentes e convincentes, detalhando a oportunidade na qual o acusado, que era companheiro de sua tia, aproveitando-se do fato de que estava pernoitando em sua casa, entrou no quarto e, mediante grave ameaça de morte, com ela praticou conjunção carnal, desvirginando-a. Relevância da palavra da vítima, no caso corroborada pela narrativa de sua prima e de sua tia que, conquanto não tivessem presenciado o abuso, confirmaram que a ofendida passava os finais de semana em sua casa e que o imputado tinha já abusado sexualmente da primeira (sua enteada) e de uma amiga desta. Violência presumida. Robustez da prova acusatória que fragiliza a tese de defesa pessoal*

vertida pelo acusado no sentido de que tudo não passou de uma vingança arquitetada por sua ex-esposa. Prova segura à condenação, que vai mantida.

2. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. Exordial acusatória que descreveu 3 oportunidades distintas nas quais o acusado praticara conjunção carnal com a ofendida e, conquanto tivesse também imputado a ele a prática de atos libidinosos diversos, não chegou a descrevê-los, em prejuízo da defesa, na medida em que o acusado se defende dos fatos a ele imputados. Tentativa de estupro, também narrada pela ofendida, que não constou da denúncia. Remanesce, assim, apenas a condenação pela ocasião na qual o acusado praticou conjunção carnal com a lesada, desvirginando-a. Afastamento do "delictum continuatum".

3. PENA. DOSIMETRIA. Pena-base fixada em 7 anos de reclusão.

Culpabilidade que, tida como grau de reprovabilidade da conduta, não excedeu o ordinário. Acusado que, além da condenação caracterizadora da agravante da reincidência, como tal reservada à 2ª fase do processo dosimétrico, registra outra condenação definitiva, por estupro de vulnerável, praticado posteriormente, demonstrando personalidade francamente inclinada ao ilícito específico. Circunstâncias extremamente gravosas do delito, o acusado tendo aproveitado da confiança em si depositada pela família da vítima, porque era esposo de sua tia, e de ela pernoitar em sua casa, para praticar o abuso sexual.

Consequências que não desbordaram a previsão típica, o sofrimento físico e psíquico sendo integrante do tipo. Ainda que afastado o tom negativo emprestado às vetoriais culpabilidade e consequências, as remanescentes, por sua envergadura, justificam plenamente a manutenção da pena-base em 7 anos de reclusão. Na 2ª fase, mantido o incremento em 1 ano pela agravante da reincidência, a pena restando definitivada em 8 anos de reclusão, pelo afastamento do continuísmo.

4. REGIME. Condição do réu de reincidente, inclusive específico, e condições subjetivas desfavoráveis, considerando que demais ostenta outra condenação, por estupro de vulnerável praticado posteriormente, que remetem ao regime imediatamente mais gravoso que aquele que seria indicado apenas com base na quantidade de pena fixada. Mantido o regime inicial fechado.

Art. 33, § 2º, "a" e "b" e § 3º do CP.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO. CONTINUIDADE DELITIVA AFASTADA. PENA REDIMENSIONADA PARA 8 ANOS DE RECLUSÃO. MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 43/46).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 113/119).

É, em síntese, o relatório.

Dispõe o art. 33, § 2º, "b", do CP que o condenado não reincidente, cuja pena for superior a 4 anos e não exceder a 8 anos, poderá, desde o princípio, cumprir a reprimenda em regime semiaberto.

No caso em análise, a Corte de origem manteve a fixação do regime fechado para o cumprimento da pena. Embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em 8 anos de reclusão, a reincidência impede a fixação do regime semiaberto.

Justificada, assim, a necessidade de uma resposta penal mais efetiva, em razão de expressa previsão legal, não se mostrou irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual não diviso o apontado constrangimento ilegal.

No mesmo sentido:

> *PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DE QUE O ENTORPECENTE SE DESTINA A CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*
>
> *1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*
>
> *2. O habeas corpus constitui-se meio impróprio para apreciar a alegação de ausência de provas suficientes para a condenação do paciente ou a pretendida desclassificação para outro crime.*
>
> *3. **A teor do disposto no art. 33, § 2º, "b", do CP, o réu reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, deverá, desde o princípio, cumprir a pena no regime inicial fechado, mesmo se favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal**.*
>
> *4. **No caso, embora fixada a sanção em patamar equivalente à aplicação do regime intermediário (5 anos e 10 meses), a adoção do regime fechado para cumprimento inicial da pena justifica-se pela reincidência delitiva.***

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 304.796/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015, grifei.)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PERÍODO DEPURADOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 64, I, DO CP. DIES A QUO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE/CUMPRIMENTO DA PENA E, NÃO, O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. PACIENTE REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. O termo a quo para o cômputo do prazo de extinção dos efeitos da reincidência é a da data do cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade, e não da data do trânsito em julgado da condenação anterior.

Na espécie, consta da folha de antecedentes criminais do paciente que a extinção da punibilidade da condenação anterior transitou em julgado em 4.10.2005, de modo que o quinquênio legal operou-se somente em 4.10.2010. Tendo sido o crime descrito nos presentes autos cometido em 22.7.2010, data em que o feito anterior ainda se encontrava ativo, verifica-se a não ocorrência do período depurador, restando plenamente configurada a reincidência.

*2. **Tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.***

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 319.708/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015, grifei.))

Ante o exposto, **denego a ordem de *habeas corpus***.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator