HABEAS CORPUS Nº 505.983 - MS (2019/0113686-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	F S DE M (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de F S DE M em face de acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul assim ementado (fl. 268):

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – REJEITADA – MÉRITO – PENA-BASE REDUZIDA – FRAÇÃO DE 1/8 (UM OITAVO) PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADORA, A INCIDIR SOBRE O RESULTADO DA SUBTRAÇÃO ENTRE O MÁXIMO E MÍNIMO DA PENA COMINADA EM ABSTRATO DO DELITO – SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PREPONDERANTE SOBRE A AGRAVANTE "HOSPITALIDADE" – CORRETA VALORAÇÃO PELO MAGISTRADO NESTE PONTO – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE, PARA REDIMENSIONAR A PENA ANTE A ALTERAÇÃO DA PENA-BASE.
>
> 1. Como é cediço, o réu se defende dos fatos descritos na denúncia, cabendo a capitulação legal ao juiz de direito, e neste particular se inclui a dosimetria da pena (pena-base, incidência de agravante e atenuante e causa de aumento ou diminuição de pena). In casu, vislumbra-se que na instrução processual restou demonstrado que o ora apelante prevaleceu-se da relação de "hospitalidade" para praticar atos sexuais e libidinosos contra vítima menor de idade, vez que a infante se encontrava na residência do acusado na condição de visitante. Logo, a agravante de 'hospitalidade' não configura julgamento ultra ou extra petita, pois os fatos estão devidamente narrados na exordial acusatória. Logo, a sentença não teve o condão de prejudicar a defesa, que se constrói em relação aos fatos descritos na denúncia e não à sua capitulação jurídica, razão pela qual inexiste violação ao princípio da congruência.
>
> 2. O STJ perfilha o entendimento no sentido de que as 8 (oito) circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal possuem o mesmo grau de importância, utilizando, diante disso, um patamar imaginário de 1/8 (um oitavo) para cada uma delas valorada negativamente, a incidir sobre o intervalo da pena prevista em abstrato ao tipo entre o mínimo e o

> máximo. Sentença reformada neste ponto, para redimensionar a pena-base.
> 3. O magistrado condutor do feito, ao reconhecer a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da "hospitalidade", preponderou a confissão reduzindo a pena em 04 meses. Logo, por atender ao postulado da proporcionalidade, nada há para ser reparado na segunda fase da dosimetria da pena.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 217-A do Código Penal, à pena de 9 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado.

Interposta apelação defensiva, foi dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena a 9 anos e 3 meses de reclusão.

Sustenta neste *writ*, em suma, ausência de fundamentação concreta para justificar a valoração negativa das circunstâncias judiciais das consequências e circunstâncias do crime, na primeira fase da dosimetria, porquanto baseada em elementos inerentes ao tipo penal imputado.

Requer, por isso, a exclusão das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

É o relatório.

DECIDO.

O Colegiado de origem, ao manter os fundamentos da sentença quanto às circunstâncias desfavoráveis, reduziu a pena-base conforme se vê a seguir (fls. 272-

> 2.2. Pedido de redução da pena-base Busca o apelante o redimensionamento da pena-base no mínimo legal, alegando injustiça na sentença.
> Nesse particular, colho excertos da sentença combatida:
>> "(...) Posto isso, acolho a pretensão formulada na denúncia para o fim de condenar o réu FERNANDO SOUTO DE MELO à pena prevista no artigo 217-A do Código penal, a qual passo a dosar nos termos do art. 68 do Código Penal. Atendendo ao disposto no art. 59 do Código Penal, passo a fixação da pena base.
>> A culpabilidade é normal para a espécie; o réu não registra antecedentes; não há elementos nos autos que desabonem sua conduta social; não há elementos que possam aferir a personalidade do agente; os motivos do crime são normais para a espécie (lascívia); **quanto às circunstâncias é de considerar que o réu praticou a conduta valendo-se do emprego de uma faca para ameaçar a vítima a praticar os atos sexuais, apesar da violência presumida em razão da idade desta, aumentando a censurabilidade da conduta; são graves as consequências para a personalidade e o normal desenvolvimento psicológico e sexual da vítima (menor em formação física, moral e intelectual), pois conforme constatado nos autos, pelos depoimentos e documentos do inquérito (fls. 14/9) precisou de acompanhamento psicológico, e foi submetida a**

> **diversos tratamentos a fim de evitar a gravidez ou o contágio de doenças venéreas;** não há elementos a serem valorados acerca do comportamento da vítima e sua influência na conduta delitiva.
>
> **Diante destas considerações, fixo a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão.**" Grifos no original.
>
> Vejamos. O art. 217-A, do Código Penal, traz a seguinte redação: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
>
> O douto juízo a quo, na sentença, fixou a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão, ou seja, 02 anos acima do mínimo legal, e o fez porque considerou, à luz do art. 59 do estatuto repressivo, duas circunstâncias judiciais negativas (vale dizer, as figuras circunstância e consequências do crime). Deduz-se que o magistrado sentenciante acresceu, à pena-base, um ano para cada circunstância judicial desabonadora.
>
> Ocorre que predomina neste sodalício o entendimento de que, na fixação da pena base, inexistindo um tabelamento sobre a quantidade de pena que o juiz deva empregar para cada circunstancia judicial concebida como negativa, adota-se o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito, para cada circunstancia desabonadora, exasperação esta que, salvo melhor juízo, atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Confira-se: [...]
>
> **De fato, houve duas circunstâncias judiciais desabonadoras, quais sejam: "circunstâncias do crime", pois o o réu-apelante praticou a conduta criminosa valendo-se do emprego de uma faca para ameaçar a vítima a praticar os atos sexuais; "consequências do crime", notadamente para a personalidade e o normal desenvolvimento psicológico e sexual da vítima (menor em formação física, moral e intelectual), pois, consoante apurado no inquérito policial, a vítima precisou de acompanhamento psicológico e foi submetida a diversos tratamentos a fim de evitar a gravidez ou o contágio de doenças venéreas.**
>
> Nessa toada, considerando que houve duas circunstâncias judiciais negativas, **deve-se utilizar o patamar imaginário de 1/8 (um oitavo) para cada uma das circunstâncias desabonadoras**, a incidir sobre o intervalo da pena prevista em abstrato ao tipo entre o mínimo e o máximo.
>
> Assim, e aqui contraria-se o parecer ministerial, subtraindo-se a pena em abstrato do crime em tela (15 menos 8), tem-se 7 anos e, acrescido de 1/8 para cada circunstância judicial negativa, **chega-se a uma pena-base de 09 (nove) anos e 09 (nove) meses de pena de reclusão, e não dez anos como o fez o douto juízo a quo.**

Nota-se que a pena-base do paciente foi fixada em 1 ano e 9 meses acima do mínimo legal em razão da vetorial negativa das circunstâncias do crime, pois *o réu praticou a conduta valendo-se do emprego de uma faca para ameaçar a vítima a praticar os atos sexuais, apesar da violência presumida em razão da idade desta, aumentando a censurabilidade da conduta*, o que

demonstra violência que ultrapassa aquela presumida pelo tipo penal capaz de justificar a elevação da pena-base.

Também se entendeu que as conseqüências do crime são graves *para a personalidade e o normal desenvolvimento psicológico e sexual da vítima (menor em formação física, moral e intelectual), pois conforme constatado nos autos, pelos depoimentos e documentos do inquérito (fls. 14/9) precisou de acompanhamento psicológico, e foi submetida a diversos tratamentos a fim de evitar a gravidez ou o contágio de doenças venéreas,* elementos concretos que ultrapassam o resultado natural do delito e não podem ser considerados circunstâncias elementares ao tipo penal.

Dessa forma, há elementos concretos suficientes e válidos para a manutenção da exasperação da pena-base nos moldes já definidos, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado.

Veja-se os julgados desta Corte Superior:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) DE AUMENTO POR CADA VETOR JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.
>
> 1. A Corte originária reconheceu a existência de elementos de prova suficientes para embasar o decreto condenatório pela prática do crime de estupro de vulnerável. Assim, a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver o acusado, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ e Súmula n. 279/STF).
>
> 2. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.
>
> 3. No caso, o acórdão recorrido se firmou em fundamentos suficientes e idôneos para exasperar a pena-base, valorando negativamente as circunstâncias e as consequências do delito. **Com efeito, a Corte estadual apontou elementos concretos aptos a justificar a exasperação da pena-base em razão dessas circunstâncias judiciais, sobretudo diante do alto desvalor de sua conduta e de uma maior gravidade, pois o réu, na execução do crime que praticou contra a vítima, a amarrou com fios**

elétricos. Destacaram as instâncias ordinárias, ainda, a mudança no comportamento da criança decorrente do trauma sofrido, necessitando de acompanhamento psicológico.
[...] 6. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no AREsp 1408536/TO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 03/04/2019).

HABEAS CORPUS […] CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO ILÍCITO QUE EXTRAPOLAM AS NORMAIS DO TIPO PENAL INFRINGIDO. PRESENÇA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEVAÇÃO PROPORCIONAL ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO.
CONSTANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.
1. **O fato de o paciente haver molestado a vítima de forma vil, apalpando-a, mordendo-a e dela tripudiando ao praticar a conjunção carnal sem a utilização de preservativo, fazendo com que tivesse que tomar um coquetel de drogas para tratamento, com graves efeitos colaterais, bem como se submetesse a tratamento psicológico, ainda encontrando-se traumatizada, extrapola as circunstâncias e consequências normais do tipo penal infringido e justificam o aumento procedido.** Precedentes.
[...] (HC 387.747/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017).

Ante o exposto, denego o *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator