HABEAS CORPUS Nº 463.664 - PI (2018/0202949-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	TIAGO VALE DE ALMEIDA
ADVOGADO	:	TIAGO VALE DE ALMEIDA - PI006986
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ
PACIENTE	:	F L R M

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **F. L. R. M.**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do art. 217-A do Código Penal (e-STJ, fls. 17-30).

Da sentença, ambas as partes apelaram ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso defensivo, tendo, porém, dado provimento àquele interposto pela acusação, a fim de reconhecer a continuidade delitiva entre as condutas, o que implicou aumento da pena para 11 anos e 8 meses de reclusão. Eis a ementa do acórdão:

> "APELAÇÕES CRIMINAIS. RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDÊNCIADA - PROVAS ROUBUSTAS. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE CONJUNÇÃO CARNAL OU ATO LIBIDINOSO DIVERSO. PRESCINDIBILIDADE. PROVA ORAL. SUFICIÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA RESTOU SOBEJAMENTE COMPROVADA. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA NA PRIMEIRA ETAPA COM BASE NA CULPABILIDADE ELEVADA DO RÉU E NAS CIRCUNTÂNCIAS E CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 1/6. CRIME PRATICADO DURANTE LONGO PERÍODO DE TEMPO. RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PUBLICO PROVIDO" (e-STJ, fl. 79).

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que: a) "a ilegalidade dos aumentos vetorizados negativamente na pena-base é latente uma vez que o acórdão de segundo grau não traz a fundamentação suficiente no momento da dosimetria, violando a lógica do processo de condenação, ao tentar aferir valor de elementos subjetivos não materializáveis em processo criminal"; b) "incorre também em *bis in idem* ao punir nas circunstâncias do art. 59 eventos relacionados às elementares do tipo, bem como viola o postulado constitucional contido no artigo 93, IX, da Constituição Federal, tendo em vista que os fundamentos utilizados são completamente inidôneos ao exercício das operações de aumento de pena praticadas"; c) "ao fazer a dosimetria, o TJPI não analisou isoladamente cada um dos crimes supostamente praticados pelo apelante, afirmando

apenas que os crimes foram praticados considerável período de tempo, fixando pena única para todos os delitos, impossibilitando, desse modo, a defesa do réu"; d) "é nulo o acórdão em que não foi determinada, separadamente, a pena atribuída a cada um dos crimes envolvidos na condenação, por ser impossível a verificação, de forma isolada para cada crime, da ocorrência da prescrição, com base nas sanções concretizadas, como impõe a regra do art. 119 do Código Penal" (e-STJ, fls. 1-13).

Pugna, assim, pela concessão da ordem para que seja a pena-base fixada em seu mínimo legal, bem como seja anulado o acórdão ora impugnado por não ter sido realizada a dosagem individual da pena correspondente a cada um dos delitos perpetrados pelo réu.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fl. 134), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (e-STJ, fls. 257-260).

É o relatório.

Decido.

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, 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. Destarte, 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*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

> "I: A culpabilidade, entendida como o juízo de censurabilidade que recai sobre a conduta do agente, é de alta reprovabilidade, pois o réu é pessoa de idade já avançada e que a vítima a tinha como pai, tanto que o tratava como tal, gozando, assim, da confiança do menor e da família desta.
>
> Os antecedentes do denunciado são imaculados, pois não há registro de sentença condenatória em seu desfavor. A conduta social é relativamente boa, sendo pessoa trabalhadora. No que toca a personalidade do agente, não há nos autos quaisquer elementos que possam ser valorados em seu desfavor.
>
> A motivação do crime é inerente ao delito, pois o réu visou satisfazer sua lascívia, razão pela qual não pode ser valorada em seu desfavor. As circunstâncias do crime pesam em desfavor do denunciado, pois o delito era praticado na própria residência da menor, com abuso de confiança com uma menor de apenas 06 (seis) anos de idade, embora não se tenha usado de violência física para a prática do crime, usou da violência psicológica, ameaçando a vítima conforme devidamente relatado, para conseguir o seu intento. As conseqüências do crime são graves, podendo inclusive prejudicar o saudável desenvolvimento sexual da menor.
>
> Na segunda fase de aplicação da pena não há qualquer circunstância

atenuante ou agravante a ser aplicada.

Na terceira fase de aplicação de pena, não existe também causa de aumento, prevista no artigo 71 do Código Penal, pelo que fixo definitivamente, a pena no patamar de 07 (sete) anos de reclusão.

Considerando a pena privativa de liberdade aplicada, nos termos do artigo 33, § 2º, a) do Código Penal c/c artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, fixo o regime inicialmente fechado para o início do cumprimento da pena" (e-STJ, fls. 28-29).

Nesse contexto, entendo adequado o aumento da pena-base, considerando as circunstâncias desfavoráveis referentes a culpabilidade, circunstâncias e conseqüências do crime, assinaladas pelo magistrado *a quo*.

Tenho que a culpabilidade desbordara do ordinário, sendo digna de nota e ensejando a exasperação da pena base, o réu é pessoa que a vítima tinha como pai, gozando da confiança da menor e da família desta.

De igual forma, adequadamente tisnada a vetorial das circunstâncias do crime, pois sua verificação passa por questões de tempo, local e modo de execução do crime, sendo cabível, ainda, a constatação de aspectos exteriores ao fato.

A justificativa é concreta e registra fatos importantes, eis que o réu utilizava-se do próprio lar da vítima, para a prática do crime, no momento em que a mãe da desta se ausentava da residência, da mesma forma reprováveis as ameaças à vítima, impingindo-lhe medo caso revelasse seus atos.

As conseqüências são, de fato, gravíssimas, diante da enorme chaga psíquica deixada na vítima (relatório de acompanhamento psicossocial de fl. 140/142).

Pelo exposto, a pena-base fixada, afastada em 02 (dois) anos de reclusão em relação ao mínimo legal para a espécie delitiva, mostra-se adequada ao caso concreto, razão pela qual fixo-a em 10 (dez) anos de reclusão.

Ausentes circunstâncias atenuante ou agravantes.

Na terceira fase não se verifica causa de diminuição da pena.

Entretanto, presente a causa de aumento prevista no artigo 71, do Código Penal, em razão de estarem preenchidos os seus requisitos. Várias ações foram cometidas contra a ofendida, incapaz, por período frequente, em circunstâncias de tempo similares, sempre no local de habitação da vítima,

além de executadas da mesma forma, semelhanças estas autorizadoras da ficção jurídica.

De acordo com o referido dispositivo, poderá o juiz aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se dispares, de 1/6 até 2/3. Para tanto, deverá avaliar a quantidade de infrações praticadas.

[...]

À luz da premissa de que resultou comprovada a prática do crimepor "considerável período de tempo", impõe-se a elevação da pena em 1/6 (um sexto), com fundamento no art. 71 do Código Penal.

Por consequência, estabelecendo a pena definitiva em 11 (onze) anos e

> 8 (oito) meses de reclusão.
> Friso, que não há que se falar em nulidade da sentença, por vício *citra petita,* tendo em vista que o magistrado se pronúncio na sentença sobre a continuidade delitiva (153)" (e-STJ, fls. 243-244).

Inicialmente, descabe falar em nulidade da sentença. Isso porque, no que tange à dosimetria, conquanto a melhor técnica assinale que a sanção corporal correspondente a cada delito praticado em continuidade delitiva deve ser definida individualmente, para que só depois seja procedido ao aumento de uma delas, se idênticas, ou da maior delas, caso diversas, *in casu,* descabe falar em vício do acórdão, pois foram observadas as diretrizes do art. 59 do CP, sem que o réu tenha suportado qualquer prejuízo.

Em verdade, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief,* o que não se verifica na espécie.

Lado outro, no caso, percebe-se que as instâncias ordinárias valoraram negativamente os vetores "culpabilidade", "circunstâncias" e "consequências" do crime.

Com efeito, no tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal circunstância deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura 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. No caso, o réu era tido como um pai pela infante, gozando de sua total confiança, assim como de sua mãe e, nada obstante tal fato, submeteu a menor de 6 anos de idade a números atos libidinosos, o que, a toda evidência, denota, o dolo intenso do réu e a maior censurabilidade da conduta. Importa destacar, ainda, as instâncias de origem deixaram de reconhecer a incidência da causa de aumento do art. 226, II, do CP, bem como da agravante do art. 61, II, "f", do mesmo diploma legal, não havendo falar em indevido *bis in idem.*

Ainda, para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza acidental que envolvem o delituoso. *In casu,* não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de estupro de vulnerável. De fato, o réu se utilizava do próprio lar da criança e, quando a sua mãe se ausentava para trabalhar, submetia a vítima a atos atentatórios à dignidade sexual, sob ameaça de agredi-la fisicamente se revelasse os fatos.

Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS CORRÉUS. CABIMENTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E DA PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO ADEQUADA QUANTO

ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO). DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DOSIMETRIA REFEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. 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 1ª 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.

3. A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corréus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, não viola a individualização da pena, desde que comunicáveis aos acusados.

4. É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

5. Os fundamentos quanto às consequências do crime não são idôneos. Isso porque o fato de os bens não terem sido recuperados não justifica de forma válida a exasperação da pena-base, porquanto a subtração é inerente ao crime de roubo. Da mesma forma, o desvalor da personalidade está baseado em elementos genéricos, sem indicação de dados concretos a justificar a elevação da reprimenda-base.

6. **Por outro lado, a valoração negativa da circunstância do crime está devidamente fundamentada, porquanto os elementos apresentados são acidentais e não integram a estrutura do tipo penal, pois destacam o modus operandi empregado, que revela a maior gravidade do crime. A forma violenta que o paciente e seus comparsas utilizaram contra as vítimas, amarrando-as e desferindo-lhes chutes em uma delas, extrapolam as condições próprias do tipo de roubo e evidenciam a maior reprovabilidade do crime praticado.**

7. Presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima. 8. Refeita a dosimetria.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente referente ao delito de roubo para 5

> anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidos os demais parâmetros fixados pelo Juízo de primeiro grau.
> (HC 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017, grifou-se).
>
> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.
> I - **Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59 do Código Penal, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.**
> II - **Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, em virtude da valoração negativa da culpabilidade (justificada pelo *modus operandi* e pelo emprego de meio que impossibilitou a defesa da vítima), das circunstâncias do delito (o crime foi cometido em ambiente carcerário, com a burla das medidas de segurança e com fomento de animosidade entre os detentos) e dos motivos do crime (o delito foi praticado para assegurar a ocultação de outro crime), com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de recurso especial (precedentes).**
> Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AREsp 749.151/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/5/2016, DJe 16/5/2016, grifou-se).

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Na hipótese sob análise, deve ser mantida a valoração negativa da referida vetorial, pois, conforme o destacado no acórdão, "as consequências do crime, de fato, são gravíssimas, diante da enorme chaga psíquica deixada na vítima (relatório de acompanhamento psicossocial de fl. 140/142)" (e-STJ, fl. 89).

Nesse contexto, deve ser mantida a pena-base estabelecida pelas instâncias ordinárias, não se cogitando, de igual modo, desproporcionalidade a ser sanada na via do *writ.* Isso porque, considerando o aumento ideal na fração de 1/8 por cada circunstância desabonadora, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, o qual corresponde a 84 meses, impõe-se reconhecer a que a exasperação da pena foi favorável ao réu.

Outrossim, nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, torna-se bastante complexa a prova do exato número de crimes e da data do cometimento dos delitos. *In concreto*, o conjunto probatório evidencia que o paciente submeteu a vítima a incontáveis atos libidinosos por "período razoável de tempo" (e-STJ, fl. 90), não sendo possível inferir qualquer ilegalidade na sua condenação pela prática de mais de um delito. Além disso, conquanto fosse possível promover exasperação superior, a Corte de origem limitou-se a aumentar a pena no patamar mínimo de 1/6.

Por fim, embora a sentença condenatória tenha deixado de reconhecer a

continuidade delitiva, a acusação apelou ao Colegiado de origem, tendo pugnado pela aplicação do art. 71, *caput*, do CP, não havendo se falar em *reformatio in pejus.*

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

Brasília, 17 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator