HABEAS CORPUS Nº 326.870 - SC (2015/0138710-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	G R B

DECISÃO

G. R. B. estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** (Apelação Criminal n. 2013.068284-0).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelos crimes previstos nos arts. 214, c/c o art. 224, alínea "a", 226, II, e 71, todos do Código Penal, pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro de Criciúma/SC, à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

A defesa narra que, "após uma tentativa de intimação da sentença prolatada no endereço mencionada pelo próprio Ministério Público, procedeu-se a via edital". Informa que "após intimado pessoalmente não da sentença, mas para apresentar contrarrazões, juntamente com a Defensoria Pública, o Paciente as apresentou, combatendo, assim, a tese do *Parquet*".

Alega o impetrante, em suma, **a nulidade da intimação e da dosimetria da pena**.

Requer a Defensoria Pública o conhecimento e a concessão do *habeas corpus* para:

> a) Liminarmente, CONCEDA-SE a ordem de *habeas corpus*, reconhecendo-se a ilegalidade do acórdão por falta de intimação pessoal do réu acerca da sentença e, ainda, pela condenação indevida, para o fim de suspender os efeitos da condenação;
> b) Seja dispensada a requisição de informações à autoridade coatora, tendo em vista que a presente ação é instruída com cópia integral dos autos; [...]

> d) Ao final seja DECLARADA a ilegalidade da intimação da sentença impugnada e a nulidade do processo penal citado, determinando-se a realização de nova intimação pessoal;
> e) Que seja DECLARADA a necessidade de reforma do acórdão e, por conseguinte, da condenação do réu pelas circunstâncias judiciais e continuidade delitiva, determinando-se novo julgamento e, assim, nova pena.
> f) Subsidiariamente, caso não seja conhecido o habeas corpus, seja a ordem concedida de ofício, diante da manifesta ilegalidade (CRFB/88, art. 5.º, LXVIII; CPP, art. 654, § 2.º). (fl. 12)

Indeferida a liminar (fls. 312-314) e prestadas as informações (fls. 329-372), veio o parecer do Ministério Público Federal (fls. 376-384), que opinou pela denegação da ordem.

Decido.

I. Nulidade da sentença pela ausência de intimação pessoal do réu – supressão de instância

A matéria relativa **à nulidade diante da ausência de intimação pessoal do réu da sentença condenatória <u>não foi efetivamente analisada pelo Tribunal de Justiça estadual</u>**, o que não autoriza a inauguração, neste ponto, da competência do Superior Tribunal de Justiça. A Corte local **cingiu-se a examinar as provas para validar a condenação, além de rever a dosimetria**.

Não pode esta Corte Superior, portanto, conhecer diretamente da matéria, sob pena de inadmissível **supressão de instância**.

Confira-se:

> [...]
> 2. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, das teses de nulidade da sentença por ausência de análise de tese defensiva apresentada nas alegações finais e o consequente excesso de prazo na custódia, tampouco de imposição de regime inicial mais gravoso que o permitido ou de possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que tais

> questões não foram analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido, em razão da inadequação da via eleita, pendente de julgamento, ainda, apelação já interposta.
> [...]
> 8. Habeas corpus não conhecido.
> (**HC n. 347.010/SP**, Rel. Ministro **Jorge Mussi,** 5ª T., DJe 12/4/2016)

Ainda que assim não fosse, o STJ entende que "não se declara a nulidade da ação penal, por falta de intimação do réu da sentença condenatória, **se é inequívoco o seu conhecimento acerca da condenação**". Nesse sentido:

> [...] 3. Na hipótese, não obstante a ausência de confirmação da intimação do Paciente acerca da sentença, por inexistir nos autos registro do retorno da carta precatória, constata-se que o acusado tomou plena ciência daquele ato judicial, já que contra ele se insurgiu, postulando em causa própria, por meio de habeas corpus, mandado de segurança, e até mesmo juntando suas razões de apelação depois daquelas oferecidas pelo defensor. Desse modo, com o efetivo conhecimento do réu, restou superado eventual vício na intimação da sentença condenatória.
> 4. *Habeas corpus* parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegado. (**HC n. 150.013/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 21/03/2011)

No caso dos autos, conforme destacado pelo Ministério Público, em seu parecer, "**observa-se que o advogado constituído pelo condenado foi intimado da publicação da sentença (f. 213), tendo sido expedido mandado de intimação pessoal para o réu** (f. 28 e 33), **que não foi encontrado no endereço declinado nos autos** (f. 34 - Certidão do Oficial de Justiça). Por isso que o Juízo de origem, acolhendo manifestação da acusação (f. 48), deferiu pedido de intimação do condenado na pessoa do seu defensor constituído e por edital (f. 49).

E, ao contrário do alegado, **o réu foi, em seguida, intimado pessoalmente (conforme certidão de fl. 68)** e permaneceu inerte (fl. 70), motivo pelo qual foi intimada a Defensoria Pública (fls. 71 e 74), pra oferecer as contrarrazões do recurso de apelação.

Logo, tampouco há que se falar em concessão da ordem, de ofício.

II. Pena-base

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à reprovação do delito perpetrado.

Assim, para obter-se uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto, devendo, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal. São elas: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.

O conceito de **culpabilidade**, envolto em intensos debates doutrinários, costuma ser utilizado em três sentidos no Direito Penal pátrio, que aqui sintetizo apenas para compreensão do julgado: a) como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; b) como limite à sanção estatal, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; c) como pressuposto da aplicação da pena ou, para os que adotam a teoria tripartida do delito, como elemento analítico do crime.

Para a análise da dosimetria e da aventada violação do art. 59 do CP, interessa-nos a culpabilidade como limite à sanção estatal, circunstância judicial introduzida no art. 59 do CP pela reforma penal de 1984, em substituição ao critério da intensidade do dolo ou do grau de culpa, que permite a mensuração da reprovabilidade que recai sobre o agente, ante o bem jurídico ofendido.

Quanto a essa vetorial, a instância de origem mencionou o *modus operandi* empregado pelo réu, que, **aproveitando-se da condição de companheiro da sua avó, por várias vezes e <u>alcoolizado</u>**, se dirigia ao quarto da ofendida para com ela praticar atos diversos da conjunção carnal, o

que, a meu ver, revela maior reprovabilidade na conduta.

No tocante às **circunstâncias**, todavia, percebo que a Corte local lançou argumentos similares àqueles para justificar o aumento da reprimenda pela culpabilidade, o que configura *bis in idem*.

Por outro lado, em relação às **consequências**, o Tribunal estadual asseverou o seguinte:

> O trauma causado na criança, em razão de sua tenra idade e de ter sido o abuso praticado por uma pessoa do seu núcleo familiar é perceptível pelos depoimentos já mencionados, tanto o é que **no seu relato judicial, 3 (três) anos após ser abusada, a vítima ainda chora e se mostra visivelmente constrangida ao contar os fatos, tal como sua genitora**.
> **O laudo psicossocial (fls. 12-19) também indica resquícios dos abusos na personalidade da vítima**, como a "discrepância entre a sua idade e a forma particular que toma seu interesse por questões de ordem sexual' e "sentimentos de culpabilidade e de intensa vergonha" (fl. 108, grifei).

Logo, reputo concreta e idônea a fundamentação lançada para exasperar a sanção básica, uma vez que a instâncias ordinárias explicitaram **o trauma** (registrado em seu depoimento) **sofrido pela ofendida, consistente no relato da própria vítima, além do laudo psicossocial descritivo dos traumas.**

Nesse sentido:

> [...]
> 6. No que pertine às **consequências**, além de bem destacado o trauma sofrido pela ofendida, conquanto esta Corte entenda que o fato de os objetos não serem totalmente recuperados não poder ensejar o recrudescimento da pena-base (pois a violação do patrimônio alheio é inerente ao tipo penal), neste caso, o valor dos bens roubados é alto, o que gerou prejuízo considerável à vítima.
> 7. No que diz respeito ao **estupro**, as instâncias ordinárias **explicitaram o trauma (registrado em seu depoimento)** e a doença autoimune contraída pela vítima após a violência

> sofrida. Ademais, passou pelo temor de ter sua saúde maculada ao tomar conhecimento que o réu era portador de sífilis. O destaque para esses elementos configura fundamento idôneo a alicerçar a elevação da pena-base por essa vetorial.
> 8. Agravo regimental não provido.
> (**AgRg no HC n. 311.233/MS**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T. DJe 11/5/2018)

III. Continuidade delitiva

A Corte local, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público para majorar a sanção pela continuidade delitiva, assim destacou:

> De fato, dos depoimentos prestados pela vítima, sua genitora, psicólogo e assistente social do programa Sentinela, extrai-se que os abusos ocorreram de forma sistemática ao longo de um ano.
> Nesse sentido, em juízo a vítima afirmou que os abusos ocorriam todos os dias (CD de áudio de fl. 149, 4'05"); **sua genitora relatou que a vítima lhe contou que os abusos aconteciam com certa freqüência e que "em um período teria acontecido dez vezes, cheguei nesse número em um primeiro momento**. Porém, depois, segundo a equipe do projeto, me relataram que a freqüência era muito maior" (CD de áudio de fl. 149, 6'52" e 13'44").
> A corroborar, a assistente social Claudia Regina disse que **perguntou à vítima quantas vezes haviam sido, "menos de dez ou mais de dez? Ela disse menos de dez. De um a cinco. Mais de cinco ou menos de cinco? Ela disse mais de cinco**." (CD de áudio de fl. 134, 5'34").
> Ainda, o psicólogo Ivan disse que as agressões sexuais perpetraram por quase um ano (CD de áudio de fl. 164, 1'58").
> Portanto, diante conjunto probatório constante nos autos o que se pode concluir é que os abusos aconteceram indubitavelmente ao menos 5 (cinco) vezes, sendo, assim, a aplicação da fração de 1/3 mais adequada ao caso.
> [...]
> Dessarte, em razão da continuidade delitiva, com fundamento no art. 71 do Código Penal, atendendo ao

> critério de majoração proporcional ao número de delitos praticados, aumenta-se a pena em 1/3, restando definitivamente fixada em 18 (dezoito) anos de reclusão (fls. 109-110, grifei).

Cumpre lembrar que, quanto à continuidade delitiva, conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal, para a caracterização do instituto do art. 71 do Código Penal, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de **ordem objetiva** (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de **ordem subjetiva**, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos. Vale dizer, adotou-se, no sistema jurídico-penal brasileiro, a Teoria Mista ou Objetivo-Subjetiva.

Deixo registrado que as circunstâncias fáticas do crime foram descritas no acórdão estadual, de modo que não há necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplique o direito ao caso.

Ficou concluído, ainda, que os delitos foram perpetrados com **unidade de desígnio**, elemento que demonstra **o preenchimento do requisito subjetivo, indispensável ao reconhecimento da continuidade delitiva**. Além disso, a **reiteração da conduta nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução** caracteriza a continuidade e justifica a exasperação da pena nesses moldes.

No mesmo sentido:

> [...]
> **1. Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva).**
> [...]
> 5. Agravo regimental improvido.
> (**AgRg no HC n. 217.753/ES**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 18/12/2013, destaquei.)

Em relação à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento 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.

A título de exemplo, menciono o seguinte julgado:

> CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. **ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR** (POR QUATRO VEZES). DOSIMETRIA. CRITÉRIO PARA AUMENTO DA PENA EM FACE DA CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 71). NÚMERO DE INFRAÇÕES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.
> [...]
> 02. "Em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento 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" (HC 258.328/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/02/2015; HC 273.262/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 06/11/2014).
> À luz da jurisprudência e da premissa de que "o réu praticou o crime em questão por quatro vezes" - fato reconhecido na sentença -, as sanções impostas devem ser redimensionadas.
> 03. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.
> (**HC n. 195.872/RJ**, Rel. Ministro **Newton Trisotto** (Desembargador convocado do TJ/SC) 5ª T., DJe 27/5/2015, destaquei).

Entendo, portanto, haver sido respeitado o art. 71 do Código Penal. De acordo com o contexto apresentado nos autos, tudo devidamente confirmado pelo acórdão ora atacado, **dúvidas não há de que se**

distanciaram para até mais de cinco o número de vezes em que o recorrido molestou a vítima, diante da exposição de frequência com que as investidas ocorriam. Em casos como este não pode a dúvida acerca da quantidade de ações levar ao aumento da pena no patamar mínimo; não é razoável nem proporcional. **Isso significa que o julgador está autorizado a majorar a reprimenda até na fração máxima pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar inconteste que os abusos faziam parte da rotina familiar**, o que não é raro.

Nesse sentido:

> [...]
> 2. A Corte de origem, conquanto haja delineado e reconhecido a ocorrência de múltiplos (e incontáveis) crimes de estupro de vulnerável, entendeu por bem negar a realidade e, na dúvida, impor o patamar mais brando.
> 3. O julgador está autorizado a majorar a reprimenda na fração máxima pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar inconteste que os abusos de natureza sexual faziam parte da rotina familiar, como no caso.
> 4. **Na espécie, ficou incontroverso, pela moldura fática exposta, que se distanciaram para muito mais de sete o número de vezes em que o recorrido molestou a vítima, porquanto o próprio Tribunal de origem salientou a omissão dos familiares em revelar os fatos, tendo em vista a influência que ele exercia sobre eles, "o que permitiu que os crimes fossem praticados durante anos, por reiteradas vezes".**
> 5. Recurso especial conhecido e provido, para reconhecer a violação do art. 71 do Código Penal e restabelecer a sentença condenatória.
> (**REsp n. 1.582.601/DF**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 2/5/2016, destaquei).

IV. Readequação da pena

Assim, reconhecida tão somente a ilegalidade perpetrada na primeira fase da dosimetria, deve ser decotado o *quantum* relativo a vetorial **circunstâncias**.

Na primeira fase da dosimetria, afastada a majoração da

pena-base pelas circunstâncias, fica ela, então, estabelecida em 8 anos de reclusão. Na segunda etapa, não há atenuantes nem agravantes. Na terceira fase, a sanção é elevada em 1/3 pela continuidade delitiva, o que eleva para 10 anos e 8 meses de reclusão. Ainda, é aumentada em 1/2, em razão da causa de aumento do art. 226, II, do CP, o que a torna, definitivamente, fixada em **16 anos de reclusão**.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem**, tão somente para reconhecer a apontada ilegalidade perpetrada na primeira fase da dosimetria e reduzir a pena do paciente para **16 anos de reclusão**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**