

**HABEAS CORPUS Nº 541.152 - SP (2019/0316396-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**IMPETRANTE** : EMERSON RUAN FIGUEIREDO DA SILVA  
**ADVOGADO** : EMERSON RUAN FIGUEIREDO DA SILVA - SP367641  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : W L DOS S (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado em favor de W. L. DOS S., contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação n. 0009536-33.2015.8.26.0156.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de: i) **8 anos de reclusão, em regime fechado**, como incurso nas sanções do art. 217-A do Código Penal; e ii) **2 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa**, tendo em vista a prática do delito previsto no art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 8-20).

Inconformada, a defesa interpôs **apelação** perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 21-31.

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois o regime inicial fechado foi estabelecido com base na gravidade abstrata do crime, em franco descompasso com as Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

Aduz que as circunstâncias judiciais foram favoráveis.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto.

A liminar foi **indeferida** (fls. 35-37).

Informações prestadas às fls. 45-61.

O Ministério Público Federal, às fls. 63-67, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

**“HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. INCOMPATIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. Parecer pela denegação da ordem.”** (fl. 63-67).

É o relatório.

**Decido.**

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

**Conforme relatado**, busca-se na presente impetração a fixação do regime inicial semiaberto.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “*dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade*” (HC n. 400.119/RJ,

Quinta Turma, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

*“De acordo com a denúncia, no dia 03 de outubro de 2015, um sábado, os Apelantes deslocaram-se até a Rua [...] e, aproveitando-se do fato de ser irmã da vítima, [...] a atraiu, convidando-a para ir até sua casa. A vítima aceitou, ingressou no veículo de [...] com destino à casa de [...], e no trajeto o casal parou num estabelecimento comercial e comprou duas garrafas de vinho. Assim, na residência, o casal forneceu vinho para a menor, que aceitou e ficou com sua capacidade de percepção diminuída (ficou tonta), tendo os Apelantes se deitado com ela na cama. Então, aproveitando-se disso, [...] tirou a roupa da vítima e passou a alisar-lhe o corpo, e depois introduziu o pênis na vagina da vítima, ciente de que era menor de quatorze anos. Apesar de a vítima pedir para ele parar, o réu permaneceu executando o ato sexual, tudo acompanhado por [...], que presenciou e anuiu.*

*[...]*

*Ouvida novamente na delegacia, a vítima ratificou as declarações e acrescentou que no trajeto para a casa dos Apelantes o acusado passou numa “biqueira” e pegou algo, acreditando ser droga. Na casa, além de ingerir bebida alcoólica, acredita que sua irmã tenha usado droga e por isso não impediu o ato sexual. No mais, disse que sabia que o réu usava cocaína; e que perdeu a virgindade naquele ato.*

*Em juízo ela sustentou basicamente a mesma versão, confirmando que os réus a buscaram em casa, passaram numa adega, compraram vinho, depois na “biqueira”, foram para a residência deles, acredita que o réu tenha dado droga para a irmã, pois ela passou mal e dormiu. Tentou chamá-la e avisar que ele a estava agarrando, mas ela estava dormindo e não ouviu. Confirmou que o acusado manteve relação sexual com ela, assegurando eu anteriormente não havia se relacionado sexualmente com ninguém. Já tinha frequentado a casa deles, inclusive dormido no local, mas nada semelhante havia acontecido. Foi chamada na sua casa pela amiga [...]. Sua genitora tinha acabado de chegar da igreja e os pais permitiram que ela dormisse na casa dos réus, mas não foi conversar com [...], pois elas estavam brigadas pelo fato de ela ter saído de casa. O corréu lhe ofereceu vinho, e a acusada bebeu também. Inicialmente contou o ocorrido para a irmã [...]. Após os fatos, mal conseguiu se levantar. Negou, contudo, ter sido ameaçada. A irmã usou droga, acredita que o réu também, mas ela não usou. Por fim, negou ter mantido relacionamento amoroso com [...] e afirmou que nunca tomou anticoncepcional.*

*[...]*

*Tudo, enfim, a demonstrar que o réu constrangeu gravemente a*

***menor, após deixa-la embriagada, com o propósito de satisfazer a sua lascívia, a sua concupiscência.***

*[...]*

***“E o regime inicial fechado, no delito de estupro de vulnerável, fica mantido pela gravidade concreta dos fatos e pela hediondez do crime” (fls. 50-57).***

Certo é que, desde o julgamento do HC n. 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013, pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, o Tribunal da Cidadania firmou entendimento de que o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado.

Ademais, cumpre destacar que ***“é pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo”*** (HC n. 452.147/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 14/08/2018).

**Na hipótese em foco**, observa-se que a Corte de origem fez menção a gravidade concreta do fato. Ou seja, o **modus operandi** do réu, embriagar a vítima menor de 14 (quatorze) anos, a fim de cometer o delito, é circunstância que justifica a imposição do regime inicial mais gravoso.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

P. e I.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo  
(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator