HABEAS CORPUS Nº 500.544 - SP (2019/0084658-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	EDLENIO XAVIER BARRETO E OUTRO
ADVOGADOS	:	EDLENIO XAVIER BARRETO - SP270131
		PAULO ALCEU COUTINHO DA SILVEIRA - SP254377
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	P M N

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de P M N, apontando como autoridade coatora a 1ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0010382-19.2006.8.26.0624.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso no artigo 214, combinado com os artigos 225, § 1º, inciso I, e 226, inciso II, todos do Código Penal.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido desprovido, seguindo-se a interposição de recurso especial, ao qual também foi negado provimento.

Sustentam os impetrantes que os fatos imputados ao paciente não configurariam o crime de atentado violento ao pudor, mas sim o de importunação sexual, introduzido no Código Penal pela Lei 13.718/2018.

Afirmam que o referido diploma legal, por ser mais benéfico ao acusado, deveria retroagir para beneficiá-lo.

Aduzem que a causa de aumento prevista no inciso II do artigo 226 do Estatuto Repressivo não poderia ser aplicada no cálculo da dosimetria, uma vez que não teria sido descrita na denúncia.

Argumentam que a incidência da referida majorante violaria o princípio da correlação.

Requerem, liminarmente, a suspensão do acórdão impugnado, e, no mérito, pugnam pela concessão da ordem para que o delito de atentado violento ao pudor seja readequado para o previsto no artigo 215-A do Código Penal, redimensionando-se a sanção cominada ao réu e o respectivo modo de execução, ou, alternativamente, para que a causa de aumento do inciso II do artigo 226 do aludido diploma legal seja afastada.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Ainda que superado o referido óbice, verifica-se que a pretendida aplicação retroativa da Lei 13.718/2018 aos fatos imputados ao paciente e a alegada violação ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória não foram alvo de deliberação pelas instâncias de origem, o que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre os tópicos, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

Nessa esteira:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPROS DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 215-A, DO CP. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A tese de que as condutas do paciente devem ser examinadas sob a ótica do novo art. 215-A, do Código Penal, é aventada, pela primeira vez, no presente writ, não havendo manifestação do juiz singular e da Corte de origem sobre a matéria. Em casos como o presente, entende-se que este Superior Tribunal de Justiça não deve se pronunciar, originariamente, sobre a questão, sendo vedada a supressão de instância.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 13 anos e 4 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 483.468/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019)

No mesmo norte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CAPITULAÇÃO NA DENÚNCIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CORRELAÇÃO, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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.

II - A suposta nulidade da r. sentença condenatória, ante o reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal sem que ela estivesse capitulada e satisfatoriamente descrita na denúncia, não foi suscitada pela defesa no recurso de apelação e não foi apreciada pelo Tribunal de origem, ficando impedida esta Corte de proceder a análise da matéria, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes).

(...)

> *Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 362.082/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017)*

Em arremate, é imperioso destacar que a legalidade da elevação da pena do paciente pela incidência da majorante do inciso II do artigo 226 do Código Penal já foi reconhecida por este Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.699.724/SP, o que reforça a ausência de flagrante ilegalidade passível de ser sanada na via eleita.

Confira-se, por oportuno, a ementa do acórdão:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. PROFESSOR. RELAÇÃO DE AUTORIDADE COM A MENOR. APLICABILIDADE.*
> *1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a majorante do artigo 226, inciso II, do CP não possui sua aplicação restrita apenas às relações afetivas, mas toda aquela que, de alguma forma, imponha reverência e temor, como no caso apresentado nos autos.*
> *2. Reconhecida a autoridade que o acusado exercia sobre a vítima, considerando a sua condição de professor, incide a causa de aumento prevista no inciso II do artigo 226 do Código Penal.*
> *3. Agravo regimental desprovido."*

Ante o exposto, com fundamento no artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **indefere-se liminarmente** o presente *habeas corpus*.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator