**HABEAS CORPUS Nº 430.528 - SC (2017/0332164-1)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ** |
| IMPETRANTE | : | ADIR MARTINS |
| ADVOGADO | : | ADIR MARTINS - SC0034836 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA |
| PACIENTE | : | L R |

**DECISÃO**

**L. R.** estaria sofrendo coação ilegal em seu direito a locomoção, em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** na Apelação Criminal n. 0001586-31.2011.8.24.0103.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 14 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito descrito no art. 217-A, c/c os arts. 226, II, e 71, todos do Código Penal.

A Corte local negou provimento ao recurso, para manter a sentença em todos os seus termos. Determinou, ainda, a execução imediata da pena.

Nas razões desta impetração, a defesa sustenta constrangimento ilegal, tendo em vista a nulidade do processo criminal decorrente da inexistência de exame pericial (imprescindibilidade da prova pericial), além da ausência de defensor durante o interrogatório da vítima.

Informa haver interposto recurso especial sobre os aludidos temas e requer, liminarmente, a suspensão do mandado de prisão expedido contra o réu.

Indeferida a liminar (fls. 41-43) e prestadas as informações (fls. 47-49 e 52-84), veio o parecer do Ministério Público Federal (fls. 87-97), que opinou pela denegação da ordem.

**Decido.**

**I. Nulidade por ausência de novo laudo – não ocorrência**

O Juízo de primeiro grau alicerçou a condenação do réu, sob a fundamentação a seguir:

> Contudo, as provas produzidas nos autos comprovam a narrativa
> constante da denúncia.
> [O. V.], mãe da vítima, relatou que a vítima tem debilidade mental, idade mental aproximada de 4 a 6 anos; que, no dia dos fatos, o réu pegou a vítima pela manhã para passar o dia com ele; que a entregou por volta das 16:30h; que um pouco depois quando a vítima foi tomar banho de mangueira alegou que seu seio estava doendo; que a declarante verificou que havia uma espécie de chupão no seio da menina; que ela inicialmente disse que tinha caído; que foi advertida para falar a verdade; que ela disse que contaria a verdade se a declarante não fizesse nada com seu pai; que então **contou que seu pai, o réu, havia chupado o seu seio; que ele levantou a blusa e chupou o seio e que ela entrou em convulsão; que o réu disse que para que ela não contasse nada para sua mãe, sob pena de matar sua mãe e o Nei**; que questionou o réu sobre o fato, e ele deu três justificativas diferentes para a lesão; numa delas disse que estava brincando com a menina e quando ela ia cair da cama, segurou-a com a mão cm seu seio; que **quando confirmou que houve um chupão através do exame, o réu ameaçou a declarante de morte** (BO de fls. 4 e depoimento de fls. 7/8).
> Tal depoimento foi confirmado em juízo pela genitora da vítima (fl. 86), oportunidade cm que esclareceu que ligou para a Delegacia de Polícia no dia dos fatos e que foi orientada a comparecer na segunda-feira para realizar os procedimentos necessários, já que a vítima já havia tomado banho e não havia mais situação de flagrância; que na segunda-feira comunicou o CT, foi à Delegacia de Polícia e levou a filha para realizar o exame.
> Ao contrário do afirmado pela defesa, os depoimentos da genitora da vítima são harmônicos e coerentes, não se verificando contradição, posto que **ficou claro que a depoente descobriu o cometimento do ilícito no momento em que sua filha tomava banho e visualizou o seio da mesma machucado, quando então ela contou o que havia ocorrido, o que foi confirmado através de prova pericial.**
> No mesmo sentido, tem-se o depoimento da irmã da

> vítima, [...] (fl. 86), a qual relatou que **a lesão foi descoberta quando a vítima tomava banho e que, então, ela contou o que havia ocorrido; que ela relutou um pouco porque gostava muito do pai.**
> A vítima, em seu depoimento extrajudicial, **disse que seu pai tirou sua blusa e chupou seu seio a força; que somente parou quando a depoente começou a passar mal**; **que sente quando vai entrar em convulsão; que não se sente mais segura para ficar sozinha com seu pai (fl. 23).**
> Em Juízo, a vítima confirmou os fatos relatados com detalhes (fl. 86) (fls. 18-19, destaquei).

O Tribunal local registrou o seguinte acerca da materialidade e da autoria do delito, especialmente acerca da ausência de laudo pericial:

> A defesa requer, ainda, a anulação da sentença em razão da ausência de laudo pericial capaz de fazer prova de compatibilidade entre a mordida na mama da vítima e a arcada dentária do apelante.
> A disposição do art. 158 do CPP, no sentido de que "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto", visa assegurar a existência de efetiva prova da materialidade do crime. **Tal exigência foi plenamente suprida pelo laudo pericial de fls. 15-17, que atesta a ocorrência da lesão corporal na vítima.**
> Não bastasse isso, referido exame pericial em nenhum momento foi requerido, seja oportunamente na resposta à acusação (CPP, art. 396-A), seja durante a audiência de instrução ou mesmo em alegações finais. Diante do desinteresse da defesa na produção da prova, é descabida a arguição de nulidade em sede de apelação.
> **A autoria do delito pode ser comprovada por qualquer meio de prova, inclusive a testemunhal, não eivando o processo de nulidade a ausência de perícia irrelevante para a prova da materialidade, que nem sequer foi requerida pela defesa no curso da instrução.**
> Rejeitam-se, portanto, as nulidades arguidas (fl. 30, grifei).

Entendo, portanto, **não ter havido cerceamento de defesa – com posterior nulidade do processo –, em razão da não realização de**

**laudo pericial extra (foi devidamente realizado exame que comprovou a lesão corporal na vítima), pois as instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos, coesos e idôneos a ensejar a condenação do paciente pelo crime de estupro de vulnerável**, sendo certo que a Corte estadual, quando do julgamento da apelação, apresentou fundamentação suficiente para a manutenção da sentença condenatória quanto ao referido crime.

Por essas razões, mostra-se inviável a desconstituição do julgado, como pretendido pela defesa, sobretudo considerando-se que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, respeitados o contraditório e a ampla defesa, exatamente como verificado nos autos.

Sobre o tema, saliento que a jurisprudência desta Corte Superior entende que: "Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, **a palavra da vítima possui especial relevância**, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos" (**HC n. 227.449/SP**, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 7/5/2015, destaquei).

Julgo, portanto, preservada a norma inserta no art. 158 do Código de Processo Penal quanto a esse aspecto, porquanto, conforme dito, a produção de exame de corpo de delito se mostrou desnecessária, consoante bem asseverado pela Corte *a quo*.

Ilustrativamente:

> [...]
> 2 - As instâncias ordinárias concluíram pela desnecessidade da realização de novo parecer psicológico não apenas pela suficiência da análise oriunda de todas as demais provas já produzidas, mas também pelo despropósito de sujeitar a vítima às angústias geradas pelas lembranças gravadas dos fatos ocorridos, restando preservada a norma inserta no art. 184 do Código de Processo Penal.
> 3 - Não há que se falar em ofensa ao art. 159, §§ 3º, 4º e 5º, inciso II, do CPP, pois foi devidamente motivada a negativa de indicação de assistente técnico para a realização de novo exame de corpo de delito, por ser manifestamente inoportuna tanto pela suficiência das

> provas já produzidas como pela intempestividade do pleito apresentado.
> 4 - A jurisprudência desta Corte Superior é farta no sentido de que se mostra "necessária a realização do exame técnico-científico para qualificação do crime ou mesmo para sua tipificação, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas ser suprido pela prova testemunhal quando não puderem ser mais colhidos." (AgRg REsp 1.224.372/RS, Rel.
> Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ªT., DJe 28/9/2011).
> 5 - Recurso especial a que se nega provimento. (**REsp n. 1.473.543/SC**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 15/9/2014).

Ademais, para entender-se pela absolvição do recorrente, seria necessária **dilação probatória**, providência vedada em habeas corpus.

**II. Cerceamento de defesa**

Acerca da apontada nulidade – **ausência do defensor do réu durante o depoimento da vítima** –, o Tribunal estadual ponderou o seguinte:

> A fim de evitar tautologia, extrai-se a apreciação do fato, realizada pelo Ministério Público de primeiro grau:
> **Da análise do depoimento da ofendida L.A.V., observa-se que, a princípio, ele foi prestado na presença de sua genitora, da Promotora de Justiça, do defensor do apelante, do próprio apelante e da Juíza de direito (fl. 77).**
> Posteriormente, quando questionada sobre como aconteceram os fatos, **a infante ficou extremamente intimidada com a presença das pessoas, mormente dos homens que ali estavam, e começou a passar mal - frisa-se que L. sofre de esclerose tuberosa, tem epilepsia de difícil controle e crises recorrentes por conta do estado emocional agravado (fls. 11/12). Diante disso, a magistrada solicitou, após acordo entre**

> **a representante do Ministério Público e o defensor constituído, que todos se retirassem da sala, a fim de realizar as perguntas necessárias à vítima para a compreensão dos fatos.**
> **Tal sugestão, inclusive, foi dada pelo defensor constituído do recorrente, que perguntou à vítima**: "se a gente sair, fica melhor pra ti? A gente sai" (fl. 82 - mídia audiovisual 7'14"). Em seguida, **o causídico entregou algumas perguntas à magistrada, para que fossem repassadas à ofendida durante seu depoimento**, (fls. 147-148)
> A defesa incorre, assim, *no venire contra factum proprium*, **violação á boa-fé processual**, plenamente aplicável ao processo penal, na medida em que o art. 565 do CPP afirma: "nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido". **Não há falar em nulidade decorrente de fato sugerido pelo próprio advogado constituído de defesa.**
> Ademais, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas em audiência devem ser arguidas logo que ocorrerem, de maneira que a questão encontra-se preclusa.
> [...]
> Por fim, constata-se que **não houve cerceamento de defesa, uma vez que o causídico teve oportunidade de questionar, ainda que indiretamente, a vítima**, passando suas perguntas para que a Magistrada as realizasse (fls. 29-30, destaquei).

**Dentro desse contexto, entendo que não foi demonstrado prejuízo à defesa que caracterizasse a referida nulidade,** o que, pela jurisprudência atual, é reconhecido como essencial tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta (**HC n. 122.229**, da 2ª Turma do STF, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro **Ricardo Lewandowski**), não sendo suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade – mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal – ou da simples condenação do réu. Isso porque, "O art. 565 do CPP estabelece que '**nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse'**, por ofensa ao princípio da lealdade processual, pois não cabe à defesa arguir nulidade [...], havendo a ele dado causa, o que se verifica na hipótese" (**RHC n. 54.206/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª

T., DJe 9/11/2016). Nessa mesma linha, o **HC n. 337.600**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 9/8/2016.

E, também, porque, como bem apontado pela Corte de origem, a teor do contido no Enunciado da Súmula n. 523 do STF, a ausência de prejuízo concreto suportado pelo réu não permite que se cogite eventual nulidade do feito, não sendo suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade – mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca (art. 563 do Código de Processo Penal) – ou da simples pronúncia do réu.

No caso, conforme relatado, a sugestão de retirada da sala do réu e do seu causídico foi dada pela própria defesa, que, a propósito, entregou à magistrada "para que fossem repassadas à ofendida durante seu depoimento". Por fim, consonante dispõe o art. 571, VIII, do CPP, as **nulidades do julgamento** em plenário, **em audiência**, ou em sessão do Tribunal, devem ser atacadas **logo após sua ocorrência**, sob pena de preclusão. A defesa permaneceu inerte e só aventou a questão em sede de apelação.

Ilustrativamente:

> [...]
> 2. O entendimento assente nesta Corte Superior é no sentido de que o reconhecimento de nulidades exige a demonstração do prejuízo. Ainda, conforme preceitua a Súmula 523/STF, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu".
> 3. Considerando a redação dos arts. 395 e 396 do Código de Processo Penal, em vigor à época do oferecimento da denúncia, a apresentação de defesa prévia não era obrigatória, tratando-se de mera faculdade da defesa e, por consectário, a sua ausência não configurava nulidade. Precedentes. 4. Nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal, não pode ser arguida, por nenhuma das partes, a "nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido".
> Ademais, apesar de incontroverso que o patrono do recorrente não apresentara individualmente sua defesa prévia, a preclusão temporal e a ausência de prejuízo concreto suportado pelo réu não permitem que se cogite eventual nulidade do feito, não sendo suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade - mormente

> quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca (art. 563 do Código de Processo Penal) - ou da simples condenação do réu" (AgRg no AREsp 162.772/PB, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 02/03/2017).
> 5. Sem embargos acerca do amplo direito à produção da provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida.
> 6. O pleito de prisão domiciliar não foi objeto de cognição pela Corte de origem, pois não foi deduzido na via ordinária, o que obsta a apreciação de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.
> 7. Habeas corpus não conhecido.
> (HC 306.487/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

**III. Execução imediata da pena**

A respeito do tema, registro que, ainda que o Supremo Tribunal Federal haja reconhecido, no acórdão citado pela defesa (HC n. 126.292/SP), a possibilidade de execução imediata da pena **somente quando o acórdão confirma a sentença condenatória, diversa é a tese firmada pelo Pretório Excelso no julgamento do ARE n. 964.246/SP**, em regime de repercussão geral. Confira-se a ementa do julgado:

> CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). **ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO**. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.
> 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de

> inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.
> (**ARE n. 964.246/SP**, Rel. Ministro **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe 25/11/2016, destaquei)

Embora o caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento acima mencionado também trate de sentença condenatória confirmada em segunda instância, nota-se que **não foi mantida ressalva na ementa do julgado para excepcionar somente esta hipótese**.

Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar a **possibilidade de execução imediata da pena privativa de liberdade nas situações em que o Tribunal *a quo* reforma sentença absolutória**.

Ilustrativamente:

> [...]
> 1. A Sexta Turma desta Corte firmou entendimento de que **a execução provisória do acórdão que condenou o réu, proferido em grau recursal, não compromete a presunção de inocência**, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.
> 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 964.246/SP, decidiu que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".
> 3. Entendimento do STJ em conformidade com a decisão do STF em sede de repercussão geral.
> Agravo regimental improvido.
> (**AgRg no RE no AgRg no RHC n. 76.199/RO**, Rel. Ministro **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe 14/6/2017, grifei)
>
> [...]
> 2. **O fato do paciente ter sido absolvido em primeira instância e condenado em sede de recurso de**

> **apelação interposto pelo Ministério Público não distingue o presente caso dos precedentes do Supremo Tribunal Federal a ponto de afastar a execução provisória da pena**. Isso porque o acórdão condenatório tem efeito substitutivo, superando os fundamentos da sentença absolutória proferida em primeiro grau e constituindo título executivo penal suficiente para o início do cumprimento da pena. Ademais, o entendimento desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal **decorrem do fato de ocorrer o exaurimento das instâncias ordinárias e não em razão do grau de jurisdição em que o acusado foi condenado**.
> Agravo regimental desprovido.
> (**AgRg no HC n. 359.462/SP**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 16/5/2017, destaquei)
>
> [...]
> 1. Consoante a nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal e trilhada por esta Corte, **é possível a execução imediata da pena após a prolação de acórdão penal condenatório ou confirmatório, proferido em grau de apelação**, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, Pleno do STF, DJe 17/5/2016), cujo excepcional efeito suspensivo requer o atendimento dos requisitos cautelares e deve ser fomentado perante o órgão competente para o exame de admissibilidade, a teor dos enunciados n. 634 e 635 do STF.
> 2. Agravo regimental não provido.
> (**AgRg no HC n. 383.605/RJ**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 2/3/2017, grifei)

Na espécie *sub examine*, verifico que o Tribunal de Justiça julgou o recurso de apelação **por unanimidade**, o que evidencia que não há mais possibilidade de interposição de recurso vocacionado à imersão no acervo fático-probatório, de maneira que, **encerrada a análise de fatos e de provas pelas instâncias ordinárias**, deve ser determinada a expedição de mandado de prisão para o início de cumprimento da pena, notadamente porque, **de acordo com as informações prestadas, já houve a interposição de recursos especial**, cuja decisão de inadmissibilidade ensejou a interposição do respectivo agravo.

Assim, a execução da pena, no caso, é efeito decorrente do acórdão condenatório e, por isso, não exige fundamentação específica no dispositivo do *decisum*, uma vez que encontra alicerce nos próprios argumentos que fundamentaram a condenação em segunda instância, no exaurimento do princípio da não culpabilidade e, também, na ausência de atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário (*lato sensu*).

Portanto, para que seja autorizado o início da execução da pena, não mais se cogita de aguardar, no órgão jurisdicional *ad quem*, o julgamento do recurso especial ou extraordinário, e muito menos dos recursos a eles acessórios.

**IV. Dispositivo**

À vista do exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **denego este habeas corpus.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**