HABEAS CORPUS Nº 539.795 - SC (2019/0309886-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE	:	JONAS DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADOS	:	JONAS DE OLIVEIRA - SC033395 DIEGO ROSSI MORETTI - SC054505
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	S H
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **S H**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.**

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 16 (dezesseis) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, por crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput**, por, no mínimo, 3 vezes, c/c o art. 226, II, na forma do art. 71, **caput**, todos do Código Penal), situação que foi agravada no 2º Grau. Também se determinou a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena após o esgotamento das vias recursais ordinárias.

Irresignados, a d. Defesa e o d. Assistente da Acusação interpuseram recursos de apelação, que, em julgamento unânime "no mérito", restou assim ementado pelo eg. Tribunal de origem (fls. 156-182):

> *"APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A, CAPUT C/C ART. 226, INCISO II, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, COM A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 215-A [POR TRÊS VEZES] C/C ART. 226, INCISO II, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL). RECURSOS DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO E DA DEFESA. RECURSO*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

DEFENSIVO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. AGENTE QUE SE APROVEITAVA DA CONDIÇÃO DE TIO, DA CONFIANÇA EM SI DEPOSITADA, DA VULNERABILIDADE ETÁRIA DA VÍTIMA E DOS MOMENTOS EM QUE PERMANECIA SOZINHO COM ELA PARA PRATICAR ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL, CONSISTENTES EM BEIJOS LASCIVOS E CARÍCIAS NA VAGINA E NAS NÁDEGAS (POR BAIXO DAS VESTES) DA OFENDIDA. ATOS SEXUAIS PERPETRADOS POR LONGO PERÍODO DE TEMPO, INICIADOS QUANDO A VÍTIMA CONTAVA COM APENAS 6 (SEIS) ANOS DE IDADE. PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE AO LONGO DE TODA A PERSECUÇÃO CRIMINAL, CORROBORADA PELAS DECLARAÇÕES DE SEUS GENITORES E DA PSICÓLOGA, BEM COMO PELO RELATÓRIO TÉCNICO. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41) IGUALMENTE INVIÁVEL. ATOS LIBIDINOSOS PRATICADOS COM A FINALIDADE DE SATISFAZER A LASCÍVIA. FARTO ELENCO PROBATÓRIO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DESCRITOS NA DENÚNCIA. VIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL CONTRA VÍTIMA VULNERÁVEL QUE CONFIGURA O CRIME DESCRITO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL). PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. TIPIFICAÇÃO READEQUADA. RECURSO PROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO QUE SE IMPÕE. PROVIDÊNCIA A SER ADOTADA PELO JUÍZO A QUO. RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO."

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

Opostos embargos de declaração, foram **rejeitados** nos seguintes termos (fls. 195-200):

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A, CAPUT C/C ART. 226, INCISO II, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA EXISTÊNCIA DE OMISSÃO E OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. TESES DEVIDAMENTE ANALISADAS. ALEGAÇÕES QUE, POR SI SÓS, REVELAM MERO INCONFORMISMO COM O JULGADO. EMBARGOS QUE NÃO SE PRESTAM À REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. OUTROSSIM, DESNECESSIDADE DE MENÇÃO A DISPOSITIVOS LEGAIS/CONSTITUCIONAIS SUPOSTAMENTE VIOLADOS, AINDA QUE PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS."*

Em tempo, cita-se o **v. voto vencido** "na preliminar" (fls. 180-183):

"Ousei discordar da douta maioria tão somente no ponto relacionado à legitimidade do assistente de acusação para ofertar recurso no caso em apreço.

Em apertada síntese, acompanho parte da doutrina e jurisprudência que entendem que o assistente de acusação somente poderá recorrer no caso de ABSOLVIÇÃO do réu, no sentido de perseguir a autoria para eventual ação na esfera cível, ou seja, admite-se o recurso para a) decisão de impronúncia; b) decisão de absolvição e c) decisão que extingue a punibilidade.

Nunca é demais lembrar que compete exclusivamente ao Ministério Público a prerrogativa de agir na ação penal em caráter privativo (Constituição Federal), não havendo interesse do Estado em defender o interesse meramente patrimonial do ofendido, até mesmo porque, no processo, seu papel deve ser de neutralidade.

A exceção ocorre, tão somente, quando ocorrer omissão do Órgão Ministerial, o que não se verificou no caso presente.

João Porto Silvério Júnior considera que, a partir da promulgação da Constituição de 1988, que referendou o sistema acusatório (assegurando a imparcialidade do juiz e relegando a produção da prova às partes, sob o crivo do contraditório e ampla defesa), não se pode conceber que o Ministério Público necessite de auxílio, pois a assistência desaguaria em flagrante violação ao princípio do contraditório, que exige a paridade de armas no processo penal (SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. A

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

incompatibilidade do assistente de acusação com o processo acusatório de 1988. In. Revista Jurídica, n. 345, pág. 93, julho 2006).

Com as vênias de estilo falece legítimo interesse ao assistente para recorrer no caso de condenação, visto que o seu propósito já foi obtido (declaração quanto a autoria), não se podendo admitir, no processo penal, eventual vingança privada (recorrer para aumento de pena, por exemplo).

ROGÉRIO TADEU ROMANO Procurador Regional da Republica aposentado, anotou que "falamos no princípio da igualdade das partes, que exige plena isonomia de tratamento. Fica cristalino que, no no processo penal a igualdade além de ser numérica a de ser qualitativa. Tese contrária, no sentido da possibilidade de tal recurso pelo assistente, leva em conta poderes da parte acusatória, reforçada pelo assistente, onde a vítima acresce a acusação, em posição a colocar em cheque o devido processo legal, levando a desequilíbrio de forças e armas no processo. Sendo pública a ação, deve o Ministério Público cuidar dela e não a vítima, assistente".

Arrematando que "não se pode olvidar que o ingresso do assistente quebra o princípio da isonomia processual, pois ofende o equilíbrio da relação jurídica processual, uma vez que confere ao polo ativo maior capacidade de produção de provas e de defesa de suas teses" (https://www.jfrn.jus.br/ institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina314-pode-o-assistente-recorrer -para-aumentar-pena.Pdf).

No caso presente, anote-se, o Ministério Público concordou com a desclassificação operada, tanto que não recorreu, ou seja, a sociedade, por ele representada, aquiesceu com a entrega da prestação jurisdicional. A toda evidência, não pode a vítima, inconformada com a desclassificação, perseguir condenação diversa daquela proferida pelo Juízo de primeiro grau, com o único propósito de vingança pessoal – o que é inadmissível pelo ordenamento pátrio.

Por fim, consigne-se que a vítima, através do assistente de acusação, declara textualmente que tanto autoria quanto a materialidade restaram comprovadas e que pretende, no recurso, a condenação por fato diverso daquela consignada pelo Juiz de primeiro grau, o que, no meu sentir, não encontra a mínima guarida.

Com base nisso, votei no sentido de não conhecer do recurso ante a ilegitimidade do assistente de acusação.

Essas foram as razões do meu dissenso."

Daí o presente **writ**, no qual a d. Defesa busca, primeiramente, a anulação do julgado acima pela falta de juntada dos votos **"vencedores"**, que decidiram pela legitimidade do recurso do d. Assistente da Acusação, nesses termos: *"a anulação do acordão proferido nos autos de nº 0001848-78.2017.8.24.0035, diante da ausência da juntada dos votos*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

vencedores, no tocante a matéria de legitimidade do assistente de acusação" (fl. 4).

Também, a *"desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o delito de importunação sexual, eis que a condenação se deu em desconformidade com as provas dos autos"* (fl. 4).

Por fim, *"o redirecionamento da dosimetria penal no tocante a continuidade delitiva, eis que a fração foi embasada também em desconformidade com a prova dos autos"* (fl. 4).

Requer a concessão da ordem, inclusive LIMINARMENTE, *"para o fim de conceder provisoriamente ao paciente salvo conduto, até julgamento final do habeas corpus; [...] Ao final, concedida ou não a liminar, seja reconhecida a ilegalidade (tópica) do acórdão impugnado, para: d.1) seja DECLARADA a ilegalidade do acórdão impugnado, para o fim de RECONHECER a nulidade do acordão publicado nos autos de nº0001848-78.2017.8.24.0035, em razão da manifesta ilegitimidade do assistente de acusação interpor recurso de apelação, nos termos do art. 564, inciso II do CPP; d. 2) também seja RECONHECIDA a nulidade do acordão ante a omissão em relação à falta de declaração dos votos vencedores, DETERMINANDO-SE a unificação e republicação do acórdão com a reabertura dos prazos às partes; d.3) READEQUAR A DEFINIÇÃO JURÍDICA em relação ao crime cometido pelo paciente, desclassificando a conduta de Estupro de Vulnerável (art. 217- A do CP) para o delito de Importunação Sexual (art. 215-A, do CP), diante da condenação restar contraria a prova dos autos; d.4) READEQUAR a fração relativa a dosimetria penal, no tocante a continuidade delitiva, nos termos dos parâmetros adotados por este superior tribunal, cuja a definição é seguida em todo país; d.5) SUSPENDER a execução antecipada da pena, em razão de o paciente ter aguardado toda a marcha processual em liberdade, portanto, a antecipação da pena conta com manifesta desnecessidade no caso concreto, sem falar da provável modificação do edito condenatório. Tudo isto sem falar nas questões relativas às inúmeras nulidades que permeiam a ação penal (citadas no mérito*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

do presente HC), que certamente serão enfrentados nos recursos vindouros e que devem levar à inescapável anulação do processo. Assim, nesse cenário de incertezas, determinar o cumprimento da pena provisória geraria irreparáveis danos ao paciente; 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)" (fls. 31-32).

Pedido liminar **indeferido**, às fls. 206-214.

Informações, às fls. 220-224 e 225-300.

O d. Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 304-314, pela **concessão parcial da ordem, de ofício,** em r. parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. ALEGADA ILEGITIMIDADE. PENDENTE APRECIAÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS VOTOS VENCEDORES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE APROFUNDADO REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DOSIMETRIA. PATAMAR DA CONTINUIDADE DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*
>
> *1. É pacífica a jurisprudência no sentido de que não deve ser conhecido o habeas corpus impetrado como substitutivo de recurso, cabendo, porém, a verificação da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.*
>
> *2. Conforme as informações prestadas pelo Tribunal de origem,* ***a defesa 'opôs embargos infringentes e de nulidade (doc. 7), autuado sob o n. 0002740-24.2019.8.24.0000, no qual almeja a prevalência do voto vencido****, isto é, o reconhecimento da ausência de legitimidade do assistente de acusação para interpor recurso de apelação.' (fl. 228 e-STJ). Asseverou que 'O recurso está pendente de manifestação da*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

Procuradoria Geral de Justiça.', o que revela o não esgotamento da instância ordinária. Dessa forma, essa Corte Superior fica impedida de apreciar e decidir diretamente a matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

3. In casu, 'a alegação de que não houve a juntada dos votos vencedores não demonstrou flagrante ilegalidade (ou mesmo acarretou prejuízos), porquanto a d. Defesa teve pleno acesso ao voto vencido e ao do relator vencedor, simplesmente acompanhado pelos demais pares, estes, sem manifestação registrada na certidão' (fl. 211 e-STJ), conforme destacado na decisão que indeferiu o pedido liminar. Além disso, 'A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do pas de nullité sans grief.' (AgRg no HC 508.987/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 17/09/2019), o que não ocorreu no caso dos autos.

4. Quanto ao pleito pela desclassificação da conduta do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o de importunação sexual (art. 215-A do CP), o exame da insurgência exige aprofundado revolvimento do acervo fático-probatório, medida incompatível com a estreita via do habeas corpus. De todo modo, a prática de conjunção carnal ou de ato libidinoso diverso contra menor de 14 anos configura estupro de vulnerável (Art. 217-A do CP), tendo em vista que a violência é presumida.

5. A Corte Estadual fundamentou concretamente a escolha da fração de 1/5 para a continuidade delitiva, uma vez que considerou a ocorrência de, no mínimo, três infrações, em consonância com o entendimento dessa Corte Superior.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, por ocasião do julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, modificou o seu entendimento para condicionar o início da execução da pena ao trânsito em julgado (Informativo nº 958 do STF).

7. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus, mas pela concessão parcial da ordem, de ofício, ***a fim de afastar a determinação do v. acórdão recorrido para a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente para a execução provisória da pena."*** (grifei)

É o relatório.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

Decido.

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

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Prejudicial - Juntada dos votos vencedores

O pedido liminar foi **indeferido**, às fls. 206-214, quando foi adiantado que "*a alegação de que não houve a juntada dos votos vencedores não demonstrou flagrante ilegalidade (ou mesmo acarretou prejuízos), porquanto a d. Defesa teve pleno acesso ao voto vencido e ao do relator vencedor, simplesmente acompanhado pelos demais pares, estes, sem manifestação registrada na certidão, às fls. 160-161 [...]*".

Do que não houve recurso.

Preliminar - Ilegitimidade do assistente da acusação

Neste ponto, imperioso citar o r. parecer do d. Ministério Público

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

Federal, da lavra da **Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA, Subprocuradora-Geral da República**, que assim consignou (fls. 309):

"O impetrante alega, primeiramente, nulidade do acórdão do TJSC por ilegitimidade do assistente da acusação para interpôr recurso de apelação.

*Conforme as informações prestadas pelo Tribunal de origem, a defesa "opôs embargos infringentes e de nulidade (doc. 7), autuado sob o n. 0002740-24.2019.8.24.0000, no qual almeja a prevalência do voto vencido, isto é, o reconhecimento da ausência de legitimidade do assistente de acusação para interpor recurso de apelação." (fl. 228 e-STJ). Asseverou que "O recurso está pendente de manifestação da Procuradoria Geral de Justiça.", **o que revela o não esgotamento da instância ordinária.***

*Dessa forma, **essa Corte Superior fica impedida de apreciar e decidir diretamente a matéria, sob pena de indevida supressão de instância**.*

De toda sorte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que "'O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer quando o Ministério Público abstiver-se de fazê-lo ou quando o seu recurso for parcial, não abrangendo a totalidade das questões discutidas. (REsp 828.418/AL, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 23/4/2007)' (RHC 31.893/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 15/10/2012)." (AgRg no AREsp 920.205/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017).

Dessa forma, não há que se falar em nulidade." (grifei)

Como muito bem observado acima, não cabe a esta eg. Corte decidir a matéria em **supressão de instância**.

De qualquer forma, com vista a sanar eventual ilegalidade, trago a redação dos **arts. 271 e 598, parágrafo único, do Código de Processo Penal**:

"Art. 271. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598.

[...]

Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.

Parágrafo único. O prazo para interposição desse recurso será de quinze dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público."

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

O entendimento desta eg. Corte Superior firmou-se no sentido de que, ao assistente de acusação, é conferida legitimidade para recorrer quando permanecer inerte o d. Ministério Público ou quando o seu recurso for parcial.

Exemplificativamente:

> *"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO EM PLENÁRIO. CONFIRMAÇÃO PELO JÚRI. APELAÇÃO. INTERPOSIÇÃO PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. LEGITIMIDADE. DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. SUBMISSÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO. ADMISSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> ***1. O assistente de acusação possui legitimidade para interpor recurso de apelação, em caráter supletivo, nos termos do art. 598 do CPP, ainda que o Ministério Público tenha requerido a absolvição do réu em plenário.***
>
> *[...]*
>
> *4. Recurso improvido"* (REsp n. 1.451.720/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 24/06/2015, grifei).

> *"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL. OFENSA AO ART. 619 DO CPP. NÃO-CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA REAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 9.º, DA LEI N.º 8.072/90. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 2.º, § 1.º, DA LEI N.º 8.072/90, DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*
>
> ***1. O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer quando o Ministério Público abstiver-se de fazê-lo, como na hipótese dos autos, ou ainda, quando o seu recurso for parcial, não abrangendo a totalidade das questões discutidas. Precedentes desta Corte.***
>
> *[...]*
>
> *5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido tão-somente para caracterizar a hediondez do crime de atentado violento ao pudor."* (REsp n. 828.418/AL, **Quinta**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

Turma, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 23/04/2007, grifei).

Acrescente-se que o entendimento jurisprudencial consolidado é de que o assistente da acusação **possui sim legitimidade recursal subsidiária e até mesmo para arrazoar os recursos ministeriais**: "*É certo que a assistência à acusação, nos termos do art. 271 do CPP, tem permissão para arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, mas apenas quando este deixar de fazê-lo no modo e tempo adequado [...]*" (AgInt no AREsp 948.447/SP, **Quinta Turma,** Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 09/11/2016).

Mérito - Da absolvição/desclassificação do delito

Inicialmente, para melhor delimitar a controvérsia, colaciono trechos do v. acórdão combatido (fls. 156-182):

"A defesa requer a absolvição por insuficiência probatória, invocando a aplicação do princípio do in dubio pro reo. Subsidiariamente, requer a desclassificação do crime de importunação sexual (art. 215-A do Código Penal) para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade (art. 65 do Decreto- Lei n. 3.688/41).

Por outro lado, o Assistente de Acusação almeja a condenação do de E.R. pela prática dos crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput c/c art. 226, inciso II, na forma do art. 71, caput, todos do Código Penal) descritos na denúncia.

Razão assiste ao Assistente de Acusação.

Aufere-se dos autos que, entre os anos de 2008 e 2017, no município de Chapadão do Lageado, o apelante/apelado S.H., visando satisfazer sua lascívia, praticou, por diversas vezes, atos libidinosos diversos da conjunção carnal com sua sobrinha E.R. - consistentes em beijos lascivos e carícias na genitália e nas nádegas da vítima, por baixo de suas vestes -, ou seja, durante o período em que a ofendida contava com 6 (seis) a 13 (treze) anos de idade.

Nessas ocasiões, o apelante/apelado se aproveitou da condição de tio, da confiança em si depositada, da vulnerabilidade etária da vítima e dos momentos em que permaneceu sozinho com ela para satisfazer sua própria ânsia sexual, mediante a prática dos atos libidinosos supracitados.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada por meio do documento de identidade (fl. 10), relatório psicológico (fls. 15/18), relatório de acompanhamento psicológico (fls. 69/70) e da prova oral

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

angariada nas fases investigativa e judicial.

No ponto, insta destacar que o resultado do laudo pericial de fls. 06/07 (vítima virgem) corrobora a condenação, uma vez que a ofendida relatou tão somente a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal pelo apelante/apelado.

E, '[...] em se tratando de crime de estupro na modalidade de prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o qual geralmente não resulta vestígios no corpo da vítima, tem-se admitido a dispensa de laudo pericial conclusivo, em especial quando existentes nos autos outros elementos aptos a comprovar a materialidade delitiva, tais qual as declarações firmes e uníssonas das vítimas e dos testigos, que servem, ainda, como fundamento bastante ao apontamento da autoria do crime [...]' (Apelação Criminal n. 2010.071301-2, de Blumenau, Rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 16.08.2011).

Ademais, no caso dos autos, os fatos vieram à tona depois de aproximadamente 7 (sete) meses do último ato criminoso perpetrado por S.H., momento em que os vestígios ***já haviam desaparecido****, sendo, portanto, plenamente possível o suprimento pela prova testemunhal, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal.*

A autoria, outrossim, é certa e recai sobre o apelante/apelado.

[...]

Da análise do conjunto probatório angariado, percebe-se que a palavra da vítima permaneceu uníssona e harmônica *ao longo de toda a persecução criminal, a qual foi integralmente corroborada pelas declarações de seus familiares (A.R. e C.M.R.) e da psicóloga D.M.E., bem como pelo relatório psicológico (fls. 15/17).*

Importante destacar que, conquanto tenha sido constantemente questionada sobre o ocorrido, tanto por seus familiares quanto pelas psicólogas e demais autoridades, ***a vítima E.R. não apresentou qualquer alteração em sua narrativa, evidenciando o período (entre os anos de 2008 e 2017), a frequência (por no mínimo três vezes), os locais (no 'mato' [por duas vezes] e atrás de um paiol), os momentos (quando ficava sozinha com S.H.) e os atos sexuais efetivamente praticados pelo apelante/apelado contra si, consistentes em beijos lascivos e carícias por baixo de suas vestes (especialmente na genitália e nas nádegas da ofendida).***

Ademais, as provas colacionadas aos autos demonstram que os abusos sexuais - perpetrados ***por longo período de tempo*** *- macularam o saudável desenvolvimento de E.R., deixando marcas no comportamento da vítima que, além de apresentar diversos sentimentos negativos (tristeza, insegurança, culpa, automutilação [vide fotografia de fl. 18], etc.), passou a fazer uso de medicamentos controlados e necessitar de constante atendimento psicológico.*

[...]

Nesse cenário, as circunstâncias do caso concreto não deixam dúvidas quanto à intenção de S.H., o qual se aproveitou da condição de tio, da confiança em si depositada e da vulnerabilidade etária de E.R. ***para satisfazer***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

a sua própria ânsia sexual, mediante a prática de beijos lascivos e carícias no corpo - por baixo das vestimentas - da ofendida, de modo que seu comportamento ultrapassou os limites da conduta contravencional, configurando o delito de estupro de vulnerável (por no mínimo três vezes) na modalidade ato libidinoso diverso da conjunção carnal, razão pela qual o recurso interposto pelo Assistente de Acusação deve ser provido nesse particular.

Ressalta-se que, reconhecida a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vítima vulnerável, não há que falar em desclassificação para o delito previsto no art. 215-A do Código Penal - que é de aplicação subsidiária ('se o ato não constitui crime mais grave') -, tampouco para a contravenção penal descrita no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41.

[...]

Por outro lado, a versão sustentada pelo apelante/apelado não encontra suporte nas provas colhidas durante a persecutio criminis, o qual se limitou a negar a prática delitiva e não soube apontar qualquer justificativa que gerasse, ao menos, dúvida quanto à veracidade das informações repassadas pela vítima.

Em apertada síntese, tem-se a simetria entre as declarações dos personagens envolvidos no contexto fático narrado na inicial para dirigir a autoria do crime de estupro de vulnerável (por no mínimo 3 vezes) ao apelante/apelado S.H.

[...]

Destarte, estando a materialidade e a autoria delitivas devidamente comprovadas nos autos, deve ser acolhida a pretensão recursal do Assistente de Acusação para condenar S.H. pela prática do crime de estupro de vulnerável majorado em continuidade delitiva (art. 217-A, caput [por no mínimo 3 vezes] c/c art. 226, inciso II, na forma do art. 71, caput, todos do Código Penal), afastando- se os pleitos absolutório e desclassificatório formulados pela defesa" (grifei)

Pois bem.

Não há falar em absolvição ou desclassificação da conduta do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) para o de importunação sexual (art. 215-A).

Não obstante o v. acórdão acima transcrito ter analisado a matéria de forma plena e fundamentada, o fato de a vítima ser menos de 14 (quatorze) anos requer maior atenção e repreensão, tendo em vista que **a violência é presumida**.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO AO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL - CP. CONDUTA DESCLASSIFICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). 1) RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO PROVIDO PARA RESTABELECER SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO COMETIMENTO DO DELITO DO ART. 217-A DO CP. AGRAVANTE QUE PASSOU A MÃO NAS NÁDEGAS DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS ENQUANTO ELA DORMIA. INDIFERENÇA DA CONDUTA NÃO TER SIDO PRATICADA MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA PARA FINS DE TIPIFICAÇÃO DELITIVA. 2) ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INOCORRÊNCIA. REVALORAÇÃO DE PROVAS. 3) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A condição de vítima menor de 14 anos é suficiente para a configuração do delito do art. 217-A do CP diante da prática de ato libidinoso, sendo indiferente a inocorrência de violência ou grave ameaça para fins de subsunção dos fatos à hipótese normativa.

1.1. No caso em tela, o autor cometeu ato libidinoso (passou a mão nas nádegas) na vítima menor de 14 anos enquanto ela dormia, motivo pelo qual foi afastada a desclassificação operada pelo Tribunal de origem para o delito do art. 215-A do CP.

[...]

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp n. 1.310.382/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 05/08/2019, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/1941. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FATOS INCONTROVERSOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 215-A: CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

> *[...]*
>
> *2. No caso, a Corte local ressaltou expressamente no acórdão a existência de autoria e materialidade, ao reconhecer que '[...]* ***aproveitou-se da ausência de qualquer outra pessoa no local para passar o dedo na vagina da criança' (fl. 274), ficando incontroversa a conduta praticada pelo Agravante.***
>
> *3. A Lei n.º 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça.*
>
> ***4. Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes.***
>
> *5. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 01/03/2019, grifei).

Ademais, a modificação do v. acórdão combatido, para concluir pela **absolvição** ou **desclassificação** da conduta, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é incompatível com os estreitos limites da via do **habeas corpus**.

Vejamos:

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (I) PRISÃO PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO POR CUSTÓDIA DOMICILIAR. PLEITO PREJUDICADO. (II) TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.*
>
> *[...]*
>
> ***2. À exceção de quando se possam emergir dos atos, de forma inequívoca, a atipicidade da conduta, a inocência do acusado ou a extinção da punibilidade, esta Corte é firme na compreensão de não ser possível conhecer do pleito de trancamento da demanda, em âmbito de habeas corpus ou do recurso ordinário respectivo, porquanto ensejaria o reexame aprofundado de todo o conjunto***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

fático-probatório produzido ao longo da marcha processual, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, marcado pela celeridade e pela sumariedade na cognição.

[...]

4. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, denegada." (HC n. 394.537/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 09/06/2017, grifei).

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRAVIDADE DO CRIME. PERICULOSIDADE DA AGENTE. VINCULAÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. NÃO CABIMENTO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Inicialmente, com relação às alegações de ausência de indícios de autoria, tal análise demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, sobre a existência de provas suficientes para ensejar uma possível condenação do recorrente, bem como a respeito da sua participação na empreitada criminosa, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus e do recurso em habeas corpus, que não admitem dilação probatória.

[...]

Recurso ordinário desprovido." (RHC 90.454/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 24/08/2018, grifei)

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INDÍCIOS DE AUTORIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Para verificar se os elementos até então obtidos são suficientes para demonstrar a autoria delitiva, seria necessária ampla dilação probatória, o que é vedado na via estreita do habeas corpus.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

[...]
4. Recurso não provido." (RHC 100.760/GO, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe 28/08/2018, grifei)

Mérito - Dosimetria (continuidade delitiva):

A fim de delimitar a **quaestio**, colaciono trechos dos v. acórdãos combatidos (fls. 156-182 e 195-200, respectivamente):

"Assim, passa-se à aplicação da pena
[...]
Na terceira etapa, ausentes causas de diminuição, mas presente a causa especial de aumento de pena descrita no art. 226, inciso II, do Código Penal, porquanto o apelante/apelado se aproveitou da condição de tio e da autoridade exercida sobre a vítima para praticar o delito, a reprimenda deve ser majorada em 1/2 (um meio).
Ademais, deve ser reconhecida a ficção jurídica da continuidade delitiva (art. 71, caput, do Código Penal) entre os crimes de estupro de vulnerável, porquanto E.R. praticou os delitos mediante mais de uma ação, em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes.
Assim, considerando que a vítima relatou pormenorizadamente a prática de - no mínimo - 3 (três) abusos sexuais por parte de S.H., eleva-se a reprimenda em 1/5 (um quinto), de modo que a pena resta definitivamente fixada em 16 (dezesseis) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão.
[...]
Este é o voto." (grifei)

"[...] O embargante alega, em síntese, que a decisão colegiada apresenta omissão e obscuridade, uma vez que: 1) não teria tido acesso à declaração dos votos vencedores que decidiram pelo conhecimento do recurso do Assistente de Acusação e 2) o aumento decorrente da continuidade delitiva teria sido fixado de forma desproporcional, especialmente porque a vítima teria descrito apenas ter sido alvo de duas condutas criminosas.
[...]
Ademais, referente à continuidade delitiva, restou exaustivamente demonstrado no acórdão os elementos que alicerçaram a conclusão de que a conduta fora cometida pelo apelante por três vezes, justificando a majoração da pena em fração superior a 1/6 (um sexto). Ou seja, o que pretende a defesa é apenas a reanálise de questões fáticas expressamente decididas.
[...] Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer e rejeitar os embargos.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

Este é o voto." (grifei)

Nesse compasso, no que concerne à dosimetria, mais precisamente ao **quantum** pela continuidade delitiva, verificam-se idôneos os fundamentos utilizados pelo eg. Tribunal de origem para fixá-la em patamar pouco mais recrudescido do que a fração mínima de 1/6 (um sexto), no caso, **1/5 (um quinto)**.

Vide a redação do **art. 71 do Código Penal**:

"Crime continuado
Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)."

Em relação a este tema, faz-se necessário observar que a operação de dosimetria da pena está vinculada ao conjunto fático-probatório dos autos.

Desse modo, a revisão do cálculo pelas instâncias superiores depende da constatação de ocorrência de ilegalidade flagrante, que justifique a revisão.

É preciso ter presente que o col. Supremo Tribunal Federal tem entendido que *"a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada"* (HC n. 137.769/SP, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, julgado em 24/10/2016).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

Na mesma linha, esta eg. Corte tem assentado o entendimento de que a dosimetria da pena é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às particularidades de cada caso concreto.

Desse modo, cabe às instâncias ordinárias, precipuamente, estabelecer a reprimenda que melhor se amolda à situação, admitindo-se nova apreciação nesta instância apenas quando for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta.

Conforme se extrai dos autos, **sobre a frequência e o lapso delitivo**, foi *"evidenciando o período (entre os anos de 2008 e 2017), a frequência (por no mínimo três vezes), os locais (no 'mato' [por duas vezes] e atrás de um paiol), [...]"*.

Desse modo, **correto o quantum de 1/5 (um quinto)**, sobretudo, considerando que os crimes, como assentado pelo eg. Tribunal de origem, foram praticados por, no mínimo, três vezes, ao longo de anos.

Nesse contexto:

> *"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).***
>
> *[...]*
>
> *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, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Newton Trisotto**, DJe de 27/05/2015, grifei).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

> *"RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS. READEQUAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA DETERMINADA.*
>
> *[...]*
>
> ***7. Em relação à exasperação da reprimenda procedida decorrente 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.***
>
> *[...]*
>
> *10. Recurso especial parcialmente provido. Execução imediata da pena determinada."* (REsp n. 1.169.9051/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 06/11/2017, grifei).

Mérito - Execução provisória das penas

Na linha da jurisprudência até então firmada no âmbito desta eg. Corte, **a prisão antecipada, em todas as suas vertentes**, deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes do pronunciamento condenatório definitivo.

É por isso que tal medida constritiva, hoje, só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** o **art. 312 do Código de Processo Penal**, sob pena de configurar antecipação de pena ou execução provisória.

Não faz muito tempo, o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, indeferiu o pedido formulado no **HC n. 126.292/SP**, de relatoria do e. Min. **Teori Zavascki**, e decidiu pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

apelação, em v. acórdão publicado em **17/5/2016**. Em outras palavras, estaria autorizada a execução provisória da pena após o julgamento de 2º Grau.

Tal entendimento, do contrário, foi recentemente alterado pela col. Suprema Corte, em **7/11/2019**, no julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.

Neste julgamento, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento jurisprudencial anterior e **concluiu que a prisão para execução da pena somente é possível após o trânsito em julgado da ação penal, ou seja, com o esgotamento de todos os recursos cabíveis.**

Portanto, agora, a prisão antes de esgotados todos os recursos cabíveis só poderá ocorrer por decisão individualizada, com a demonstração da existência dos seus requisitos (art. 312 do Código de Processo Penal).

No caso, ao paciente, foi concedido o direito de recorrer em liberdade (fl. 90), mas determinada a execução provisória das penas, sem maiores ressalvas (fl. 179).

Portanto, ainda não transitada em julgado a ação penal, de acordo com o novo entendimento definido pelo col. Supremo Tribunal, ressalvadas as hipóteses de prisão cautelar e de determinação da custódia por outros autos, **deve-se garantir o direito do condenado de aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado.**

Assim, **não conheço do habeas corpus. Concedo a ordem, parcialmente, de ofício,** para afastar a execução provisória das penas até o trânsito em julgado da condenação. Claro, sem qualquer impedimento a eventual decretação de prisão cautelar, por força de necessidade superveniente, ou custódia por outros autos.

P. I.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FFD09431-DCC8-4D82-B4CC-885682EFF767