



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 70.976 - MS (2016/0121838-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
RECORRENTE : J C L
ADVOGADOS : JOSÉ BELGA ASSIS TRAD
RODRIGO PRESA PAZ
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA DE MENOR DESNUDA. ATO LIBIDINOSO CARACTERIZADO. TESE RECURSAL QUE DEMANDA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

O *Parquet* classificou a conduta do recorrente como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticado contra vítima de 10 anos de idade. Extrai-se da peça acusatória que as corrés teriam atraído e levado a ofendida até um motel, onde, mediante pagamento, o acusado teria incorrido na contemplação lasciva da menor de idade desnuda. Discute-se se a inocorrência de efetivo contato físico entre o recorrente e a vítima autorizaria a desclassificação do delito ou mesmo a absolvição sumária do acusado.

A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.

O delito imputado ao recorrente se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuará pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal.

In casu, revelam-se pormenorizadamente descritos, à luz do que exige o art. 41 do Código de Processo Penal - CPP, os fatos que, em tese, configurariam a prática, pelo recorrente, dos elementos do tipo previsto no art. 217-A do CP: prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal com vítima menor de 14 anos. A denúncia descreve de forma clara e individualizada as condutas imputadas ao recorrente e em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que extensão elas, em tese, constituem o crime de cuja prática é acusado, autorizando o pleno exercício do direito de defesa e demonstrando a justa causa para a deflagração da ação penal.

Nesse enredo, conclui-se que somente após percuciente incursão fática-probatória seria viável acolher a tese recursal de ausência de indícios de autoria e prova de materialidade do delito imputado ao recorrente. Tal providência, contudo, encontra óbice na natureza célere do rito de *habeas corpus*, que obsta a dilação probatória, exigindo que a apontada ilegalidade sobressaia nitidamente da prova pré-constituída nos autos, o que não ocorre na espécie.

Assim, não há amparo para a pretendida absolvição sumária ou mesmo o reconhecimento de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal para apuração do delito.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso e julgar prejudicado o exame do pedido liminar.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. JOSÉ BELGA ASSIS TRAD (P/RECTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 70.976 - MS (2016/0121838-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

RECORRENTE : J C L

**ADVOGADOS : JOSÉ BELGA ASSIS TRAD
RODRIGO PRESA PAZ**

**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por J C L contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul no julgamento do HC n. 1400826-75.2016.8.12.0000.

Infere-se dos autos que o recorrente foi denunciado (fls. 16/47) como incurso nas sanções do art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal - CP (estupro de vulnerável em continuidade delitiva). A denúncia foi recebida às fls. 71/74, aditada à fls. 91/108 e recebido o aditamento à fls. 109.

Irresignada com o recebimento da peça acusatória, a defesa impetrou *writ* perante o Tribunal *a quo*, cuja ordem foi denegada em acórdão assim ementado:

EMENTA – HABEAS CORPUS – ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (POR DUAS VEZES) – ARTIGO 217-A, C/C O ARTIGO 71 (POR DUAS VEZES), AMBOS DO CÓDIGO PENAL – CONTEMPLAÇÃO DE CRIANÇA DESNUDA EM MOTEL – MEDIANTE PAGA – TRANSPORTE DA VÍTIMA EFETUADO POR CORRÉS APONTADAS COMO RESPONSÁVEIS PELA EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – ATO LIBIDINOSO – TIPO PENAL QUE NÃO ENCERRA TODAS AS POSSIBILIDADES – INEXISTE EXIGÊNCIA DE CONTATO FÍSICO NO TIPO – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS) E DOCTRINA PÁTRIA TRATAM O CONCEITO DE FORMA ESTENDIDA – IMPOSSIBILIDADE DE CONCEITUAÇÃO ABSOLUTA PELA LEI – ALEGADA ATIPICIDADE – DISCUSSÃO AFETA AO MÉRITO – APONTADA INÉPCIA DA DENÚNCIA CONDUTA DO PACIENTE INDIVIDUALIZADA A CONTEÚTO – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADA – AMPLA DEFESA GARANTIDA – MÁCULA NÃO CARACTERIZADA – INTERESSE PÚBLICO SUBLEVA-SE SOBRE O PRIVADO QUANDO DO RECEBIMENTO DE DENÚNCIA – MÍDIA JUNTADA PELA DEFESA – MATÉRIA AFETA AO MÉRITO – VIA IMPRÓPRIA – ORDEM DENEGADA I - A denúncia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

escoima -se nos ditames traçados no artigo 41, do Código de Processo Penal, cuidando da descrição cuidadosa das condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao paciente e demais coautores. Peça vestibular que espalhou todos fatos com coesão, fundada em procedimento preteritamente concluído pelo Ministério Público, destinatário das investigações, eis que se trata do dominus litis.

II – O tipo penal imputado ao paciente cuida do "ato libidinoso", sem encerrar o conceito, razão pela qual cabe ao órgão acusatório demonstrar que, a determinação do agente para que a vítima permanecesse desnuda, a fim de que ele assim a contemplasse, tinha por objetivo satisfazer sua lascívia. Outrossim, o tipo penal não impõe que para caracterização do "ato libidinoso" faça-se necessário o contato físico entre o agente e vítima.

III – Neste aspecto, a doutrina aponta que o tipo em comento abarca uma série de práticas voltadas à satisfação sexual do agente, tendo a Organização Mundial da Saúde (OMS), inclusive, tem por conceitua violência sexual como sendo "(...)qualquer ato sexual, tentativas de obter um ato sexual, comentários ou insinuações sexuais não desejados, atos de tráfico ou dirigidos contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção, por qualquer pessoa, independente de sua relação com a vítima, em qualquer contexto, porém não limitado à penetração da vulva ou ânus com o pênis, outra parte do corpo ou objeto(...)".

IV - Não há que se falar em trancamento de ação penal, eis que maiores incursões – dentre as quais a análise de mídia juntada pela defesa- levariam o julgador a analisar o mérito, o que é vedado na via estreita de mandamus, meio do qual só se pode valer-se quando verificada de pronto a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias estas inexistentes nos autos.

V - Ademais, a mera alegação de constrangimento ilegal, fundado somente no deflagrar da ação penal, não induz o trancamento de ação, sob pena de o Estado se ver impedido de investigar seus membros.

VI - Ordem denegada. Com o parecer da PGJ. (fls. 250/251)

No presente recurso, a defesa sustenta que a caracterização do ato libidinoso diverso da conjunção carnal, a que alude o tipo penal imputado ao recorrente, demanda o contato físico entre agente e vítima, o que não ocorreu na espécie. Traz julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Aduz que, ainda que a contemplação lasciva bastasse à consumação do delito, careceria a hipótese de justa causa, por ausência de indícios de autoria e prova de materialidade, conforme depoimentos que instruem a ação penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pleiteia, assim, em liminar, a suspensão da ação penal até o julgamento definitivo deste *writ* e, no mérito, a absolvição sumária do acusado ou o reconhecimento da ausência de justa causa para a deflagração da ação penal.

Indeferido pedido de redistribuição do feito, às fls. 359/360.

O Ministério Público Federal opinou, em parecer de fls. 368/380, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 70.976 - MS (2016/0121838-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Busca-se, no presente recurso, a absolvição sumária ou o reconhecimento da ausência de justa causa para a deflagração da ação penal.

O Tribunal de origem denegou a ordem, assentando:

O tipo penal tem por redação a seguinte:

"Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos(...)"

E o artigo 41 do Código de Processo Penal traça os requisitos que devem ser observados na elaboração da peça vestibular:

"Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime, quando necessário, rol das testemunhas."

E tais requisitos, ao meu sentir, foram escorreitamente observados pelo subscritor da peça vestibular, eis que se debruçou em individualizar a conduta do paciente.

O Promotor de Justiça é o destinatário do arcabouço investigatório, logo a interpretação da lei penal cabe, antes do magistrado, ao dominus litis – Ministério Público - , que concluiu pelo enquadramento da conduta do agente como sendo a prática de "ato libidinoso".

O mesmo raciocínio foi adotado pela autoridade dita coatora, quando do recebimento da denúncia e da análise da resposta à acusação.

Bem assim, ao que parece, tanto o Ministério Público quanto o magistrado entendem que contemplar o corpo nu de uma criança, em um quarto de motel, mediante paga, tendo aquela sido transportada por, em tese, cafetinas, consiste em ato libidinoso (ato apto a satisfazer o prazer sexual), cujo conceito abrange variações que servem à satisfação da lascívia do agente, conforme leciona a doutrina:

"(...) O tipo penal contempla condutas distintas, cada qual com um núcleo específico: ter conjunção carnal com menor de 14 anos – ter é realizar ou efetuar. A conjunção carnal consiste na introdução total ou parcial do pênis na vagina, razão pela qual é imprescindível a existência de relação heterossexual; praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos – Praticar é manter ou desempenhar. Os verbos 'ter' e 'praticar' possuem igual sentido. Ato libidinoso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é o revestido de conotação sexual, a exemplo do sexo oral, do sexo anal, dos toques íntimos, da introdução de dedos ou objetos na vagina ou ânus, da masturbação etc. Nesse caso, a relação entre o agente e vítima pode ser heterossexual. As duas condutas – ter conjunção carnal e praticar outro ato libidinoso'. As duas condutas - 'ter conjunção carnal e praticar outro ato libidinoso' – logicamente também alcançam os vulneráveis descritos no § 1º do art. 217-A do CP, ou seja, aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para o ato, bem como quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência(...)" (Cleber Masson. Código Penal Comentado. 3ª edição, 2015, revista, atualizada e ampliada. Ed. Método. Pág. 902).

A Organização Mundial de Saúde, por seu turno, conceitua violência sexual:

"Violência sexual – qualquer ato sexual, tentativas de obter um ato sexual, comentários ou insinuações sexuais não desejados, atos de tráfico ou dirigidos contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção, por qualquer pessoa, independente de sua relação com a vítima, em qualquer contexto, porém não limitado à penetração da vulva ou ânus com o pênis, outra parte do corpo ou objeto(...)" (pág. 11 . Fonte: Heise & Garcia- Moreno (2002); Jewkes, Sen & Garcia-Moreno (2002) - Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher Ação e produção de evidência. Edição original em inglês: Preventing intimate partner and sexual violence against women: taking action and generating evidence © Organização Mundial da Saúde, 2010 ISBN 978 92 4 156400 7 - Dados em Publicação para Catalogação na Biblioteca da OPAS Organização Mundial da Saúde. Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher: ação e produção de evidência 1. Maus-tratos conjugais – prevenção e controle . 2. Violência – prevenção e controle. 3. Parceiros sexuais . 4. Medição de risco . 5. Mulheres maltratadas . 6. Delitos sexuais – prevenção e controle. I. Organização Mundial da Saúde. ISBN 978-92-75-71635-9 (NLM classification: HV 6625) http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44350/3/9789275716359_por.pdf?ua=1, acessado em 28/08/2016, às 12:06 horas)

Neste passo, o tipo penal imputado ao paciente cuida do "ato libidinoso", sem encerrar o conceito, razão pela qual cabe ao órgão acusatório demonstrar que, a determinação do agente para que a vítima permanecesse desnuda, a fim de que ele assim a contemplasse, tinha por objetivo satisfazer sua lascívia.

Outrossim, o tipo penal não impõe que para caracterização do "ato libidinoso" faça-se necessário o contato físico entre o agente e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima.

Ademais, toda a investigação ministerial voltou-se também à coibição do abuso sexual infantil, ou seja, contra criança que, em razão de sua imaturidade inquestionável, quando inserida em práticas sexuais, não as compreende completamente, além de ser incapaz de consignar consentimento, pelo simples fato de estar vedada legal, psicológica e socialmente para tanto.

Acrescente-se a isto que os fatos, se comprovados, deram-se em meio a uma "rede" de exploração sexual de crianças e adolescentes, de forma que, sopesados os argumentos defensivos, os fatos se enquadram, ao menos por ora, ao tipo legal em apreço, sendo que apenas através da instrução criminal, com a colheita e análise de provas, será possível averiguar a conduta do paciente e demais denunciados.

Outrossim, a mídia atinente às declarações da vítima, colhidas pelo Promotor de Justiça, adstringem-se à investigação, ao destinatário da ação penal, servindo apenas à formação da opinio delicti, devendo ser submetida ao crivo do contraditório, quando do interrogatório e das colheita da prova testemunhal.

Portanto, preenchidos os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, imperiosa torna-se a instauração da ação penal competente, a fim de que se apure a culpabilidade ao longo da instrução criminal.

Ademais, o deflagrar de ação penal contra qualquer cidadão não configura, por si só, constrangimento ilegal, sob pena de o Estado se ver impedido de investigá-los, apenas sob o argumento de que o réu se sentiria moralmente ofendido.

Destarte, orientando-me pelos critérios da necessidade e da adequação e atentando para as circunstâncias fáticas do caso, a ação penal vergastada não merece ser trancada.

Diante de tais ponderações, com o parecer, denego a ordem, porquanto não denoto nos autos constrangimento ilegal. (fls. 269/271)

O recorrente foi denunciado pela suposta prática, em continuidade delitiva por duas vezes, do crime tipificado no art. 217-A do Código Penal, assim positivado:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. [...]

No caso, o *Parquet* classificou a conduta do recorrente como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticado contra vítima de 10 anos de idade. Extrai-se da peça acusatória que as corrés teriam atraído e levado a ofendida até um motel, onde, mediante pagamento, o acusado teria incorrido na contemplação lasciva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da menor de idade desnuda.

Discute-se, assim, se a inocorrência de efetivo contato físico entre o recorrente e a vítima autorizaria a desclassificação do delito ou mesmo a absolvição sumária do acusado.

A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.

No ensinamento de Rogério Sanches Cunha, ao tecer considerações acerca da caracterização do ato libidinoso a que aludem os arts. 213 e 217-A do Código Penal:

*De acordo com a maioria da doutrina, **não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima**, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), **somente para contemplação** (tampouco há que se imaginar a vítima desnuda para a caracterização do crime- RT 429/380). (Manual de direito penal: parte especial. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 460)*

Outrossim, na valiosa lição de Cléber Masson:

*Na pratica de atos libidinosos a vitima também pode desempenhar, simultaneamente, papéis ativo e passivo. Nessas duas ultimas condutas - praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso• - **é dispensável o contato físico de natureza erótica entre o estuprador e a vítima**. (MASSON, Cleber. Código Penal comentado / Cleber Masson. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; Sao Paulo: METODO, 2014. p. 825)*

Rogério Greco, por sua vez, reporta-se ao escólio do professor Luiz Régis Prado para arrolar algumas das condutas que configuram ato libidinoso passível da imputação ora discutida:

*[...]fellatio ou irrumatio in ore, o cunnilingus, o pennilingus, o annilingus (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito inter femora; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vitima; **a contemplação lasciva**; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão),*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros. (PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, v. 2, p. 601 *apud* GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 12a. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 468).

No caso vertente, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado ao recorrente se encontra em capítulo inserto no Título VI do Código Penal, que tutela a dignidade sexual. Cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor.

Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal.

Consta da denúncia clara descrição fática da conduta do recorrente, *litteris*:

*Seguindo a orientação da denunciada ROSEDÉLIA ALVES SOARES (vulgo Rose), a vítima DEBORA ROSA informou ao denunciado JOSÉ CARLOS LOPES que possuía **apenas 10 (dez) anos de idade**, e depois de uma breve conversa, **este denunciado lhe determinou que se despisse, e a contemplou lascivamente**. Após, o denunciado JOSÉ CARLOS LOPES pagou diretamente à vítima DEBORA ROSA a quantia de R\$400,00.*

A vítima DEBORA ROSA retornou à garagem do quarto do motel, onde a sua irmã VIVIANE e as denunciadas MONICA MATOS DE SOUZA e ROSEDÉLIA ALVES SOARES (vulgo "Rose") haviam permanecido aguardando-a, até que esta última retornou ao quarto, para receber a vantagem econômica do denunciado JOSÉ CARLOS LOPES, da qual repassou a VIVIANE a quantia de R\$50,00 (cinquenta reais).

Passado pouco tempo, a denunciada ROSEDÉLIA ALVES SOARES (vulgo "Rose") novamente procurou a vítima para novo encontro de comércio sexual com o denunciado JOSÉ CARLOS LOPES.

[...]

*Mais uma vez, **o denunciado JOSÉ CARLOS LOPES determinou à criança DEBORA ROSA que se despisse, e a contemplou lascivamente**. Após, o denunciado JOSÉ CARLOS LOPES pagou diretamente à vítima DEBORA ROSA a quantia de R\$200,00, e*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depois, retornou à garagem do quarto de motel, onde sua irmã VIVIANE e as denunciadas MONICA MATOS DE SOUZA e ROSEDÉLIA ALVES SOARES (vulgo "Rose") e haviam ficado aguardando o desfecho do encontro de mercadejo sexual. (fls. 38/39)

Desse modo, revelam-se pormenorizadamente descritos, à luz do que exige o art. 41 do Código de Processo Penal - CPP, os fatos que, em tese, configurariam a prática, pelo recorrente, dos elementos do tipo previsto no art. 217-A do CP: prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal com vítima menor de 14 anos.

Vê-se, então, que a denúncia descreve de forma clara de individualizada as condutas imputadas ao recorrente e em que extensão elas, em tese, constituem o crime de cuja prática é acusado, autorizando o pleno exercício do direito de defesa e demonstrando a justa causa para a deflagração da ação penal.

Nesse enredo, conclui-se que somente após percuciente incursão fática-probatória seria viável acolher a tese recursal de ausência de indícios de autoria e prova de materialidade do delito imputado ao recorrente. Tal providência, contudo, encontra óbice na natureza célere do rito de *habeas corpus*, que obsta a dilação probatória, exigindo que a apontada ilegalidade sobressaia nitidamente da prova pré-constituída nos autos - o que não ocorre na espécie.

Nesse diapasão:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUSPEIÇÃO. SERVIDORA DA JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. O trancamento de inquérito ou de ação penal só se justifica em face de prova cabal que torne evidente faltar-lhe justa causa, quer pela total ausência de provas sobre a autoria e materialidade, quer pela atipicidade da conduta, ou pela ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade. Precedentes do STF e desta Corte.

2. Na espécie, constata-se que a denúncia imputa ao ora paciente, de forma clara e individualizada, condutas que, em tese, podem caracterizar o crime de que é acusado (apropriação indébita), permitindo o perfeito exercício do direito de defesa. A exordial descreve de forma lógica e coerente a conduta imputada ao paciente, especificando os fatos que deram ensejo à ação penal. Inexistência, portanto, de ofensa ao art. 41 do CPP, a justificar o trancamento da ação penal.

3. Registre-se que, segundo entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudencial consagrado por esta Corte Superior de Justiça, a pretensão de trancar ação penal, por inexistência de indícios de participação do réu no delito pelo qual foi denunciado, não pode ser apreciada na via do habeas corpus, pois demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

4. Por outro lado, no que tange à alegada nulidade processual decorrente de suspeição da servidora da 2ª Vara Criminal, por ser ela esposa da vítima, igualmente, não possui razão o impetrante, conforme lúcida fundamentação constante do voto condutor do acórdão proferido pelo Tribunal de origem: [...] No caso em questão, a magistrada titular que então atuava no feito deu-se por suspeita para o julgamento da ação penal, por ter sido cientificada que Antônio Gemballa, que figura como vítima, é cônjuge da servidora da 2ª Vara Criminal, Araci Bonfanti Gemballa. Por essa razão, remeteu os autos ao seu substituto legal (...), o qual recebeu a resposta à acusação, manteve hígido o recebimento da denúncia e não acolheu o pedido de absolvição sumária formulado em favor do acusado (...). Assim, não havendo relação de subordinação entre a referida servidora e o magistrado substituto, não há falar em suspeição da serventuária da justiça, até porque não foi comprovado pelo impetrante/paciente qualquer irregularidade no trâmite processual que possa ser a ela atribuído. [...]

5. Recurso em habeas corpus não provido (RHC 44.535/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/11/2015)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRÉDITO COM INEXIGIBILIDADE SUSPensa POR FORÇA DE TUTELA ANTECIPADA. REFLEXO NA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. FLUÊNCIA DO PRAZO. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO 438 DA SÚMULA DO STJ. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA, ERRO DE PROIBIÇÃO INVENCÍVEL E CAUSA SUPRALEGAL EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO.

I - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmou no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorre no caso (Precedentes do STF e do STJ).

II - A denúncia deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório, ou seja, com lastro probatório mínimo apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Em outros termos, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imperiosa existência de um suporte legitimador que revele de modo satisfatório e consistente, a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria do crime, a respaldar a acusação, de modo a tornar esta plausível. Não se revela admissível a imputação penal destituída de base empírica idônea o que implica a ausência de justa causa a autorizar a instauração da persecutio criminis in iudicio.

III - Não se pode discutir a ausência de justa causa para a propositura da ação penal, em sede de habeas corpus, se necessário um minucioso exame do conjunto fático-probatório em que sucedeu a infração (Precedentes). Na hipótese, há, com os dados existentes até aqui, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento da ação penal, sendo por demais prematura a pretensão de seu trancamento (Precedentes do STF e do STJ).

IV - Se o crédito tributário permaneceu com a exigibilidade suspensa em razão de antecipação dos efeitos da tutela, a prescrição da pretensão punitiva também deve permanecer suspensa, tendo em vista que a decisão cível acerca da exigibilidade do crédito tributário repercute diretamente no reconhecimento da própria existência do tipo penal, visto ser o crime de apropriação indébita previdenciária um delito de natureza material, que "pressupõe, para sua consumação, a realização do lançamento tributário definitivo, momento a partir do qual começa a contagem do prazo prescricional" (HC n. 209712/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 23/5/2013).

V - "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal" (en. 438 da súmula do STJ).

VI - Na espécie, concluir pela absolvição sumária do recorrente, assim como acatar as teses de erro de proibição invencível e de causa supralegal de excludente de culpabilidade demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, inviável na estreita via cognitiva do habeas corpus.

Recurso ordinário desprovido (RHC 51.596/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 24/2/2015)

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ARREPENDIMENTO EFICAZ. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. Em sede de habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente mandamus,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

3. *Recurso improvido* (RHC 47.291/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/8/2014)

Assim, não há amparo para a pretendida absolvição sumária ou mesmo o reconhecimento de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal para apuração do delito.

Com essas considerações, voto por negar provimento ao presente recurso em *habeas corpus*. Prejudicado o exame do pedido liminar, diante do julgamento do mérito do *mandamus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0121838-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 70.976 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0040433-14.2015.8.12.0001 14008267520168120000 1400826752016812000050000
404331420158120001

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J C L
ADVOGADOS : JOSÉ BELGA ASSIS TRAD
RODRIGO PRESA PAZ
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CORRÉU : R A S
CORRÉU : J S C
CORRÉU : MÔNICA MATOS DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. JOSÉ BELGA ASSIS TRAD (P/RECTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso e julgou prejudicado o exame do pedido liminar."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.