



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.508 - SC (2013/0368148-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LAZARO BITTENCOURT
ADVOGADO : LÁZARO BITTENCOURT
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : Z M (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA ACERCA DO ESTUDO PSICOSSOCIAL DAS VÍTIMAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é o meio adequado para a análise de tese de absolvição por insuficiência probatória, por exigir, necessariamente, uma reavaliação do conteúdo fático-probatório, procedimento incompatível com a via estreita do *writ*.

3. "O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo, não caracterizando, tal ato, cerceamento de defesa (Precedentes do STF e do STJ)" (HC 102.362/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJe de 2/2/2009).

4. A tese de infração ao princípio da identidade física do juiz não foi enfrentada pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento neste Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.508 - SC (2013/0368148-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LAZARO BITTENCOURT
ADVOGADO : LÁZARO BITTENCOURT
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : Z M (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Z M, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 1º grau, pelos crimes tipificados no art. 214, parágrafo único, na forma dos arts. 224, "a", 226, II, e 71, todos do Código Penal, e art. 217-A (quatro vezes), na forma dos arts. 226, II, e 71 do mesmo Diploma normativo, tudo na forma do art. 69 do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 36 (trinta e seis) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, tendo a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgamento unânime, dado parcial provimento ao recurso defensivo, adequando a reprimenda para 22 (vinte e dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 83):

APELAÇÃO CRIMINAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PAI QUE, EM TESE, VIOLENTA SEUS CINCO FILHOS - PROVA JUDICIAL QUE SE LIMITA A DEMONSTRAR A PRÁTICA DOS ATOS TÃO SOMENTE CONTRA TRÊS CRIANÇAS - PALAVRAS DAS VÍTIMAS CORROBORADAS PELOS ESCLARECIMENTOS DA CONSELHEIRA TUTELAR - CONDENAÇÕES PARCIAIS MANTIDAS.

DOSIMETRIA - VÍTIMAS DIVERSAS - SENTENÇA QUE RECONHECE A CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DELITOS - HIPÓTESE QUE AUTORIZARIA A APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL - NÃO ADEQUAÇÃO, NO CASO CONCRETO, À MÍNIMA DE RECURSO MINISTERIAL, SOB PENA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**REFORMATIO IN PEJUS - MANUTENÇÃO DO QUANTUM
FIXADO PELA CAUSA GERAL DE AUMENTO - FRAÇÃO MÁXIMA.
RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

No presente *habeas corpus*, sustentou a defesa que os fatos narrados na denúncia não foram devidamente comprovados por meio de provas judiciais, o que afastaria a condenação imposta ao paciente.

Alegou que os depoimentos colhidos no curso da instrução são contraditórios e insuficientes para alicerçar um decreto condenatório, bem como sustentou a necessidade de submissão das vítimas a um estudo psicossocial.

Defendeu, ainda, a nulidade da sentença condenatória por infração ao princípio da identidade física do juiz, previsto no § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal, pois o Magistrado que presidiu a instrução criminal não sentenciou o feito.

Ao final, requereu o impetrante (e-STJ fls. 37/38):

a) *Que seja recebido e dado seguimento a presente ordem de habeas corpus, com toda a documentação que segue anexa;*

b) *Que seja CONCEDIDA A MEDIDA LIMINAR da ordem aqui impetrada, em virtude da manifesta existência de constrangimento ilegal contra o Paciente, eis que presentes os pressupostos autorizadores da concessão da medida, quais sejam:*

fumus boni iuris e periculum in mora, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em favor de ZICO MAKOSKI, devendo ser encaminhado ao Meritíssimo Juízo da Vara de Execuções Penais do Foro da Comarca de Criciúma/SC, autos n. 0700428-52.2011.8.24.0020;

c) *Após o parecer do ilustre representante do Ministério Público Federal, seja concedida a ordem para decretar a nulidade da condenação e ABSOLVER o Paciente, em face de patente vício de motivação da Sentença e do Acórdão condenatórios, eis que as provas produzidas nos autos que decretaram a sua condenação são anêmicas e inservíveis para supedanejar a reprimenda imposta, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo, nos termos no regramento previsto no inciso VII, do Código de Processo Penal;*

d) *Alternativamente, caso não seja este o entendimento desta colenda Corte Superior, que seja decretada a NULIDADE do processo desde a audiência de instrução da Ação Penal em que o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paciente restou condenado, eis que eivada de nulidade insanável por inobservância do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF), uma vez que não respeitou a identidade física do Juiz, regra prevista no § 2º, do artigo 399, do Código de Processo Penal;

e) Se for outro o entendimento acerca dos requerimentos acima expostos, que seja decretada a NULIDADE da Ação Penal condenatória desde a audiência de instrução em face da inobservância da ampla defesa, para ordenar que as vítimas passem por um estudo psicossocial com técnicas especiais de abordagem das mesmas, possíveis somente com profissionais especializados, a fim de esclarecer os controvertidos depoimentos apresentados.

Indeferido o pedido liminar pelo então Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze (e-STJ fls. 101/103), e prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 118/126 e 128/174), opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 178/181).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.508 - SC (2013/0368148-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, no presente *habeas corpus*, o afastamento da condenação do paciente por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a nulidade da ação penal por infração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao princípio da identidade física do juiz e ausência de estudo psicossocial das vítimas.

O Relator da apelação, Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, assim fundamentou o acórdão impugnado (e-STJ fls. 158/163):

1 Preliminarmente a defesa sustenta nulidade decorrente de o Magistrado a quo ter indeferido o pedido de realização de perícia psicológica nas supostas vítimas. Sustenta, assim, violação ao direito de ampla defesa, motivo pelo qual o processo deve ser anulado.

Acerca do pedido, posicionou-se o Juiz singular:

"O réu pleiteia estudo do feito por um psicólogo forense sobre as vítimas, alegando discrepância entre os depoimentos prestados nas fases policial e judicial.

"Entretanto, as vítimas por todo o tempo tiveram acompanhamento especializado durante as investigações perante a autoridade policial e em juízo.

"Nos depoimentos prestados na delegacia, todas as vítimas foram acompanhadas por uma Conselheira Tutelar, Eliane Izidoro; em Juízo, estiveram uma psicóloga e a assistente social forense à disposição, Luciana Benincá e Andrea Rodrigues.

"Logo, a submissão das vítimas à avaliação psicológica não se mostra necessária, porque em nada acrescentaria à instrução criminal. Ademais, como já ressaltado, todas elas foram atendidas por profissionais habilitadas do Conselho Tutelar que acompanharam o caso, Eliane Izidoro e Jadilene Rita Tomaz, segundo os documentos de fls. 8/9, 20, 22, 24, 35, 107 e 112.

"Anoto, inclusive, que as crianças mostraram-se arredias à presença das profissionais supracitadas em juízo" (fl. 144).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"O deferimento de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regradada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. Tal ocorreu no caso sub examine, não havendo que se falar em cerceamento de defesa" (Habeas Corpus n. 38.272/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. em 7/6/2005, DJU de 1/7/2005, p. 574).

Nesse interim, convem ressaltar que, contrário ao que alega a defesa, embora a qualificação em Juízo, da Conselheira Tutelar Eliane, conste como profissão "agricultora" (fl. 112), na fase



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

policial foi esclarecido que ela possui "Curso Superior Completo" (fl. 35), não havendo que se falar em "desqualificação".

Ademais, a referida profissional prestou esclarecimentos compromissadamente, e não tinha motivos pessoais para imputar tais condutas ao acusado, devendo, pois, ser considerado idôneo o seu depoimento.

Ultrapassada a prefacial, passa-se à análise da matéria de fundo.

2 O pleito absolutório, fundado na ausência de provas suficientes para a condenação, comporta parcial acolhimento.

Isso porque, no que tange às vítimas S. M. M. e C. M., embora haja prova indiciária no sentido de que teriam sido violentadas pelo acusado, em Juízo, não há nenhum respaldo que dê supedâneo a essa versão.

Contrário ao que aconteceu em relação as vítimas V. S. e E, que apesar de perante o Magistrado singular terem negado a ocorrência dos fatos (fls. 110/11, 117/118), há o depoimento jurisdicional da Conselheira Tutelar, Eliane Silézia Izidoro, que confirma os abusos perpetrados pelo acusado contra elas (fls. 112/114).

Por outro lado, na etapa jurisdicional, asseverou essa profissional não ter presenciado os depoimentos dos ofendidos S. e C. prestados ainda na Delegacia, e não faz referências à suposta violência sexual sofrida por estas duas vítimas.

Logo, uma vez que a condenação em relação à S. e C. não encontra amparo na prova judicializada, a absolvição é a medida de rigor.

É consabido que as provas indiciárias podem ser utilizadas como importante meio de convencimento, contudo, é necessário que encontrem respaldo naquelas colhidas durante a instrução processual, garantindo o direito ao contraditório.

Sobre o tema Julio Fabbrini Mirabete assevera que: "certamente o inquérito serve para colheita de dados circunstanciais que podem ser comprovados ou corroborados pela prova judicial e de elementos subsidiários para reforçar o que for apurado em juízo" (Processo Penal. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1992. p. 79).

Nesse sentido, deste Relator:

"[...] FURTO TENTADO - AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À AUTORIA DO DELITO - DECLARAÇÕES DO INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL NÃO CONFIRMADAS EM JUÍZO - VERSÃO NÃO CORROBORADA POR OUTRO ELEMENTO DE PROVA JUDICIAL - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. A prova indiciária que fundamentou o édito condenatório deve estar em consonância com outros elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

probatórios colhidos mediante o crivo do contraditório durante a instrução criminal, sob pena de acarretar a absolvição, em respeito ao princípio do in dubio pro reo" (Apelação Criminal n. 2008.006547-1, de São Bento do Sul).

3 No mais, em relação às vítimas V. E. e D., melhor sorte não socorre à defesa.

A ocorrência dos delitos e a sua autoria podem ser aferidas por meio do boletim de ocorrência (fls. 11/15), das certidões de nascimento das vítimas V. E. e D. (fls. 21, 23, 25) e, principalmente, da prova oral coligida ao longo do procedimento investigativo e da instrução.

Vale lembrar que alguns crimes praticados contra a dignidade sexual, notadamente aqueles em que os atos libidinosos são diversos da conjunção carnal, podem não deixar vestígios, razão pela qual a sua ocorrência deve ser constatada por meio de outras provas.

De mais a mais, como bem ressaltou o Magistrado a quo, "os crimes imputados ao agente teriam sido cometidos [...] durante as férias escolares (dezembro de 2010 e janeiro de 2011), sendo que os exames periciais somente foram realizados em fins de fevereiro de 2011" (fl. 165), o que pode ter feito desaparecer possível vestígio que pudesse existir.

A autoria, por sua vez, é inconteste.

Interrogado pelo Juízo, o réu negou as acusações. Disse que nunca teve relações sexuais com seus filhos, atribuindo as acusações à madrinha de V., Sra.

Marlei, "pois esta insistentemente pedia para que V. fosse morar consigo" (fl. 123).

Contudo, as vítimas S., V., E. e D., na fase inquisitorial, narraram minuciosamente os atos libidinosos praticados pelo pai contra elas e seus irmãos.

S.M., de 13 (treze) anos de idade, relatou na fase policial que: "[...] sobre o fato de seu pai estar molestando seus irmãos disse: 'Isso é verdade mesmo' Que 'As crianças falaram que o pai se tranca dentro do quarto com o E. por um grande período'" (fl. 18) Do mesmo modo, a vítima V.M., com 9 (nove) anos de idade, perante a autoridade policial, descreveu que:

"[...] a declarante relata que seu pai bebe em casa e nos bares; Que perguntado à declarante se seu pai espiava ela e sua irmã quando estavam tomando banho, a declarante balançou a cabeça afirmando que sim; Que a declarante afirma com muita timidez que seu pai se tranca com os menores no quarto; Que a declarante relata que seu pai se tranca no quarto por mais vezes com E., só as vezes ele chora [...]; Que perguntado à declarante onde seu pai coloca seu 'pintinho', afirmou balançando a cabeça que é atrás e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que dói quando mexe com ela; Que os menores contam tudo para sua mãe quando seu pai mexe com eles. Que perguntado onde seu pai coloca o 'pintinho' em D., afirmou balançando a cabeça que é na bunda; que seu pai mexe em sua calcinha; que perguntado à declarante sobre o fato de seu pai agride sua mãe quando estão discutindo e seu pai empurra sua mãe pela barriga, pois estava grávida afirmou com gestos que sim; que a declarante afirma que seu pai tem uma arma de tamanho pequeno dentro da residência [...] (fl.

20).

Por sua vez, a vítima E. M., de 10 (dez) anos, também na fase extrajudicial, atestou que:

"o declarante afirma que sua irmã S. que hoje o convive mais com os menores já foi abusada por seu pai; que afirma que sua irmã S. também sabe e seu pai anda 'mexendo' com os menores; que perguntado ao declarante sobre o fato de que quando seu pai leva o menor para o quarto e ficavam sozinhos e perguntado se doía quando seu pai colocava o 'pintinho', o menor ficava muito nervoso e não conseguia responder, apenas fazia gestos com sua cabeça: que os menores contavam para sua mãe sobre os fatos e que sua mãe ia tirar satisfação com o autor, sua mãe era agredida pelo mesmo, onde em duas vezes que foi agredida em uma das vezes que foi agredida sua mãe não pode ir trabalhar; Que nas férias escolares seu pai ameaçava os menores com um revólver, sendo que seu pai já vendeu o mesmo; Que seu pai quando recebe o pagamento fica dias sem trabalhar até gastar todo o dinheiro da bebida, pois é costumeiro chegar em casa embriagado [...] Que perguntado ao declarante sobre os fatos de que seu pai anda 'mexendo' com os menores o declarante fica muito nervoso e calado, onde não conseguiu responder as perguntas" (fl. 22).

Por fim, D. M., de 6 (seis) anos de idade, descreveu que:

"seu pai bebe muito, que bebe no bar e em casa e que em casa guarda refrigerante e cerveja na geladeira; que seu pai chega em casa bêbado foi até o quarto dos menores e tentou tirar a roupa deles; que já viu seu irmão Ednilson chorar quando seu pai se trancou no quarto com ele; que já viu seu pai colocar o 'pintinho' atrás em Vanessa; que seu pai já colocou o 'pintinho' atrás do menor e ficou com medo de pedir para parar, pois tinha medo de apanhar; Que seu pai já ameaçou os menores com um revólver; Que seu pai guarda a arma em cima do guarda roupas [...] (fl. 24).

Por fim, C., de 2 anos, apenas começou "a rir e não consegue responder qualquer pergunta devido a sua idade precoce" (fl. 26)

É sempre válido ressaltar que, nos crimes de natureza sexual, as palavras da vítima detêm relevante valor probatório para ensejar a condenação, pois referidos delitos são, via de regra, praticados na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

clandestinidade. Nesse sentido, consulte-se: Apelação Criminal, n. 2006.045354-6, de Porto União, rel. Des. Torres Marques, j. em 13/2/2007.

Diante de todo o exposto, apesar do esforço do acusado, de sua esposa e das próprias vítimas, desempenhado durante a instrução criminal, com o objetivo de negar a ocorrência dos crimes, verifica-se que as provas permitem a manutenção do decreto condenatório. Além disso, as retratações foram repletas de contradições e incoerências, certamente motivadas pela míngua dos recursos financeiros decorrente da prisão do arrimo da família.

Nada obstante, em Juízo, a Conselheira Tutelar reafirmou a responsabilidade do acusado:

"que a depoente é conselheira tutelar e no início de fevereiro recebeu um ofício da delegacia local, solicitando que visitassem as vítimas eis que, em tese, teriam sofrido abuso sexual do pai; que diante disso, visitaram as crianças V. e D., no colégio onde estudam: que entrevistaram apenas a criança V.; que durante a conversa, V. contou a depoente que no período de férias o pai quem cuidava das crianças e a mãe trabalhava; que a V. contava que pai espiava a filha menor C., de 2 anos; que disse ainda que a porta do banheiro da casa não tranca por dentro; que V.

disse que o pai tentava tirar sua calcinha; que o pai também tentava tirar a roupa dos seus irmãos; que a menor contou também que o pai costumava levar o filho E. até o quarto e trancar a porta, enquanto os demais filhos permaneciam trancados em um outro quarto; que V. disse que isso acontecia por várias ocasiões e que dava para escutar o choro de E. dentro do quarto;

que nessa primeira entrevista V. não fez qualquer referência à irmã S.; que por vezes o pai saía do quarto onde estava E. e ia até o quarto onde estavam os outros filhos e 'mexia' com eles; que a depoente indagou V. se o pai mostrava o 'pintinho' dele para ela e os demais irmãos, tendo ela respondido que sim;

que a depoente perguntou então se o pai introduzia 'o pintinho', tendo ela novamente dito que sim; que foi indagado da menor onde era introduzido o 'pintinho', tendo ela apontado para sua parte de trás, referindo-se ao ânus; que V. revelou espontaneidade ao afirmar tais fatos, com riqueza de detalhes; que a depoente perguntou porque ela e os irmãos não corriam, ocasião em que respondeu que quando podiam, efetivamente corriam; que em setembro do ano passado o Conselho Tutelar recebeu uma denúncia anônima dando conta que as crianças permaneciam sozinhas em casa e que passavam fome; que a depoente então, naquela oportunidade, visitou o lar e constatou que as crianças eram cuidadas pela avó materna, que havia chegado do Paraná, para cuidar dos menores; que nessa época, a mãe estava separada do réu; que a denúncia de abandono não se confirmou pois a avó



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mostrou a dispensa cheia de alimentos; que não recebeu qualquer outra denúncia à respeito desta família; que a depoente indagou a menor se o pai a ameaçava a praticar tais atos, tendo ela dito que sim; que indagou também como se daria a ameaça, e se seu pai possuía uma arma, tendo a menor afirmado positivamente e dito que o pai possuía uma espingarda; que a menor disse ainda que ela e os irmãos reclamavam à mãe sobre o que o pai fazia e que esta havia dito que um dia colocaria o pai na cadeia. Que disse ainda que a mãe estava

grávida e que o pai, em uma oportunidade, a havia empurrado na barriga; que a menor referiu ainda que o pai comprava bebida e consumia em casa e que após isso ficava bastante alterado e violento; que a depoente acompanhou o depoimento de todos os irmãos na delegacia, a exceção da C. e S.; que a exceção do delegado também estava na sala o escrivão; que no ato do interrogatório não havia nenhuma psicóloga; que os depoimentos dos menores, em nenhum momento foram sugeridos ou induzidos, se recordado apenas que E. era o mais tímido de todos, respondendo por vezes com gestos; que no ato do interrogatório, os menores não demonstraram ter medo réu; que a mãe não acompanhou o depoimento dos filhos; que os filhos foram ouvidos individualmente; que acompanhou o depoimento da mãe e esta demonstrou acreditar na versão dada pelo réu; que segundo pode extrair dos depoimentos dos menores, os abusos teriam iniciado no início das férias de dezembro de 2010; que V. disse ainda que a irmã mais velha S. havia saído de casa por conta de também ter sofrido abusos do réu; que após a leitura do relatório pelo Conselho Tutelar, este foi enviado à delegacia, de modo que posteriormente todos os envolvidos foram intimados a comparecer à delegacia de polícia para prestar depoimentos; que os menores foram encaminhados ao IML no dia seguinte após o depoimento na delegacia; que a depoente acredita que a mãe 'não estava querendo acreditar na versão dada pelas crianças', pois é notoriamente apaixonada pelo réu;

que a separação mencionada anteriormente se deu pelo contínuo conflito havido entre o casal; que na realidade várias foram as separações ocorridas durante a união; que na delegacia, todas as vítimas disseram, ora verbalmente, ora por gestos, que o réu introduzia o pênis no ânus dos filhos. Dada a palavra ao defensor do réu, às suas perguntas respondeu: que não tomou conhecimento dos resultados dos exames de corpo de delito; que quando recebeu o ofício da delegacia de polícia para acompanhar o caso, o réu ainda não estava preso; que o Conselho Tutelar ouviu apenas a menor V. por questão de tempo e de risco, mas esclarece que todos foram ouvidos posteriormente na delegacia de polícia; que foi o primeiro caso envolvendo abuso sexual que a depoente atendeu, mas é praxe que a oitiva se dê pelo delegado de polícia; que o interrogatório do réu e a oitiva dos menores se deu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aproximadamente 2 dias após a entrega do relatório na delegacia; que não conhece a pessoa de nome Marlei, madrinha de V.; que alega que não utilizaram de qualquer método especial para conversar com a menor; apenas, anteriormente, cientificar a direção do colégio; que a depoente ouviu a menor V. acompanhada de uma outra Conselheira; que reitera que V. começou a contar os fatos com naturalidade; que apenas está a repassar o que narrado pela menor, não emitindo qualquer julgamento de valor acerca da veracidade ou não desse depoimento; que não chegaram a certificar se de fato o pai estava desempregado como narrado pela esposa do réu; que esta disse que o réu cuidava das crianças enquanto ela trabalhava porque estava desempregado: que conversaram com vizinhos em setembro de 2010, quando da primeira denúncia e estes confirmaram que o réu não trabalhava e quem sustentava a casa era Adriana; que chegou a visitar o interior da residência mas não percebeu se a porta do banheiro estava quebrada, porém ouviu de Adriana que a porta havia sido consertada; que a casa onde os menores residem possui 2 quartos uma cozinha e um banheiro; que não acompanharam mais o caso após a oitiva dos envolvidos na delegacia, porém continuam a dar suporte a Adriana pois está grávida [...]" (fls. 112/114 – grifou-se).

Acerca da prova, preceitua o art. 155 do Código de Processo Penal:

"o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas" (grifou-se).

Percebe-se que o dispositivo legal não proibiu que o magistrado utilize elementos produzidos durante o inquérito policial para fortalecer o conjunto probatório, mas tão somente que neles unicamente se apóie. Continua, sim, podendo valorá-los com os demais, desde que não sejam isolados ou confrontantes com os produzidos em juízo.

Na hipótese, o depoimento da conselheira tutelar, coligido ao longo da instrução, serve para embasar as declarações de três vítimas prestadas na fase inquisitorial.

Pontua-se que os elementos informativos, malgrado não se prestem, por si sós, para embasar a condenação (art. 155 do Código de Processo Penal), quando concatenados com as provas coligidas, contribuem para a formação do juízo de certeza.

Nesse sentido, colhe-se dos julgados deste Tribunal de Justiça:

"[...] Pelo princípio do livre convencimento motivado, inculcado no artigo 155 do Código de Processo Penal, o magistrado é livre para valorar as provas amealhadas aos autos.

"Certo é que não se afigura possível a condenação embasada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exclusivamente em provas estritamente extrajudiciais, produzidas na fase indiciária. Todavia, somadas a outras provas, elas se apresentam como elementos positivos de credibilidade a ensejar o decreto condenatório" (Apelação Criminal n.

2009.004914-0, de Gaspar, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. em 1/6/2009).

O conjunto probatório revela que o apelante, de forma livre e consciente, constrangeu as vítimas, três dos seus cinco filhos, à prática de atos libidinosos, impondo-se, portanto, a manutenção da sua condenação pelos crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP).

Assim, o Tribunal de origem, após o acolhimento parcial da pretensão defensiva (abolição em relação a duas vítimas), asseverou que há prova judicializada da ocorrência dos delitos em relação a outras três vítimas e da autoria atribuída ao paciente e apresentou fundamentação idônea e suficiente à sua condenação. Desse modo, não há que se falar em desconstituição do decreto condenatório.

Por outro lado, da leitura da longa petição inicial, nota-se que a tese principal da defesa – ausência de provas suficientes para condenar o paciente – exige, necessariamente, uma reavaliação de todo conteúdo fático-probatório, procedimento incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MAUS TRATOS, ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA. AUSÊNCIA DE PROVAS DA OCORRÊNCIA DOS DELITOS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ÉDITO REPRESSIVO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. O almejado trancamento da ação penal ante a alegada falta de provas em desfavor do acusado é questão que demanda revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do habeas corpus o exame aprofundado dos elementos de convicção reunidos nos autos no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do recorrente. (RHC-64.095, Relator Ministro JORGE MUSSI, 5ª Turma, DJe de 4/11/2015)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. NEGATIVA DE AUTORIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - A tese da negativa da autoria, por demandar cotejo minucioso de matéria fático-probatória, não encontra campo nos estreitos limites do writ, ação de índole constitucional, marcado por cognição sumária e rito célere, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder.

[...].

Habeas Corpus não conhecido. (HC n. 319.834/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJe de 16/6/2015).

Quanto à alegada nulidade por ausência do estudo psicossocial das vítimas, vale lembrar que o Juiz pode indeferir, em decisão fundamentada, a diligência que entenda ser desnecessária, dentro de um juízo de conveniência e discricionariedade, o que ocorreu no caso.

Veja-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROGRESSÃO DE REGIME. REITERAÇÃO DE PEDIDO. WRIT PREJUDICADO. ALEGADA CONTINUIDADE DELITIVA. INOCORRÊNCIA. CONCURSO MATERIAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE EXAME COMPARATIVO DE DNA. INOCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MAGISTRADO. PROVAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO.

I - Considerando que a controvérsia acerca da possibilidade de progressão de regime, pelo paciente, já foi apreciada no HC 78.429/SP, perdeu o objeto, nesta parte, o presente writ.

II - Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de praeludia coiti, é de se reconhecer o concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva exige crimes da mesma espécie e homogeneidade de execução.

III - O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo, não caracterizando, tal ato, cerceamento de defesa (Precedentes do STF e do STJ).

IV - No caso em tela, reputou o magistrado ser desnecessária a realização de exame comparativo de DNA, tendo em vista o amplo arcabouço probatório já produzido nos autos, consistente nas declarações da vítima, que reconheceu o acusado na fase policial e judicial do feito, declarações de testemunhas, inclusive do porteiro do 'drive-in' onde ocorreram os crimes, que confirmou a presença do acusado no local, na companhia da vítima, de laudo pericial atestando a conjunção carnal, além de gravação de câmera de segurança comprovando a entrada e saída do veículo do paciente do local, no dia e hora dos crimes.

V - Ademais, a palavra da vítima, em sede de crime de estupro, ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não tem testemunhas ou deixam vestígios (Precedentes).

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.

(HC 102.362/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5ª TURMA, DJe de 02/02/2009)

Por fim, nota-se que a tese de infração ao princípio da identidade física do juiz não foi enfrentada pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento neste Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Pelo exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0368148-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.508 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 07004285220118240020 20110792121 282110004914 7004285220118240020

EM MESA

JULGADO: 04/02/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LAZARO BITTENCOURT
ADVOGADO : LÁZARO BITTENCOURT
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : Z M (PRESO)

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

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.