



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.080 - SP (2016/0336778-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOAO PAULO PEREIRA GREJO E OUTRO
ADVOGADO : JOÃO PAULO PEREIRA GREJO E OUTRO(S) - SP294628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J A F

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, POR CARÊNCIA DE PROVAS. ART. 225, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO REALIZAÇÃO DE PROVA REQUERIDA PELA DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA. INSTITUTOS DISTINTOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e este Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.

2. Se o Tribunal de origem, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, concluiu, de forma fundamentada, não só pela materialidade do delito, mas também por ser o réu autor do crime descrito na exordial acusatória, não cabe a esta Corte a análise das afirmações relacionadas ao pleito de absolvição, na medida em que demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

3. No que se refere ao aventado cerceamento de defesa, ante a não realização da prova requerida, tem-se que, sem embargos acerca do amplo direito à produção das provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado tanto o indeferimento quanto o rechaço, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida.

4. Outrossim, para rebater conclusão assentada pelo Tribunal de origem quanto à condição de vulnerabilidade da vítima, para fins de aplicação do art. 225, parágrafo único, do CP, seria necessária profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

5. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, proferido pelo Tribunal Pleno em 17/2/2016, revendo seu posicionamento acerca do tema, firmou entendimento de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência" (DJe 17/5/2016).

6. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

7. A execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.080 - SP (2016/0336778-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOAO PAULO PEREIRA GREJO E OUTRO
ADVOGADO : JOÃO PAULO PEREIRA GREJO E OUTRO(S) - SP294628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J A F

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **J. A. F.** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo Juízo do primeiro grau (Ação Penal n. 3000141-16.2013.8.26.0453) à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, para cumprimento inicial em regime fechado, por incurso no art. 217-A, § 1º, do CP (e-STJ, fls. 17-19). Nessa sentença, concedeu-se ao paciente o direito de apelar em liberdade:

"Considerando que o réu respondeu ao processo em liberdade, bem como por estarem ausentes os requisitos do art. 312 do CPP, concedo-lhe o direito de recorrer em liberdade" (e-STJ, fl. 18).

O Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento à apelação interposta pela defesa (Apelação n. 3000141-16.2013.8.26.0453), mantendo, assim, a sentença proferida pelo Juízo do primeiro grau (e-STJ, fls. 20-36). Além disso, determinou, neste mesmo julgamento, a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, da seguinte forma:

"Uma vez encerradas as vias recursais ordinárias e considerando-se que eventual inconformismo dirigido às Instâncias Superiores não é dotado de efeito suspensivo e nem se presta a discutir fatos e provas (mas apenas matéria exclusivamente de direito), comunique-se, expedindo-se o mandado de prisão, único meio de se dar cumprimento à decisão ora exarada (TJESP, Embargos de Declaração n. 0002172-76.2007.8.26.0160/50000, Relator Desembargador Luís Soares de Mello, julgado 27-08-2013), consoante Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, mesmo porque se possibilitou ao réu em primeiro grau tão-só aguardar o resultado do apelo em liberdade (fls. 205), providência também necessária em prol da ordem pública em face de condenação por crime idêntico igualmente confirmada por esta Corte de Justiça, tal como se destacou acima, daí se inferindo risco concreto de recidiva, a exigir a pronta e indispensável imposição da terapêutica criminal com o imediato encaminhamento do condenado ao cárcere, a par de abonada a diligência por recente posicionamento da Suprema Corte ao analisar as consequências da solução condenatória confirmada ou prolatada em segunda instância (HC n. 126.292/SP) diante do exaurimento do princípio da não culpabilidade" (e-STJ, fl. 36).

Neste *writ*, os impetrantes sustentam, em síntese, que: a) o problema mental da vítima, por ser "de natureza leve", não comprometeria a sua capacidade de "discernimento para os atos da vida civil" e que, nesse contexto, ela já teria tido "relação com outros homens" e "vida sexual ativa" (e-STJ, fls. 3-4); b) não está comprovada a materialidade delitiva, haja vista que, "no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ato aqui alegado libidinoso, não houve conjunção carnal, apenas beijos e que muito menos a vítima foi forçada a manter relação sexual, pois ela consentiu com toda esta pratica amorosa, pois conforme narrado e constante nos autos, a mesma tem uma vida sexual ativa, bem como frequenta bares e baladas, conforme fotos em anexo, sendo que servira de testemunha o senhor [...], ao qual é seu ex-namorado" (e-STJ, fls. 3-4); c) "não se apurou nos autos a autoria do delito", tendo em vista que, "De toda a prova colhida, nenhuma aponta com segurança para o acusado, apenas restam presunções e conjecturas, o que não se pode admitir no processo penal" e que, "Quando interrogado em fase inquisitória, o Paciente negou veemente a pratica do delito" (e-STJ, fl. 5-6); d) inexistente "prova segura de que o Paciente tivesse ciência da debilidade mental da vítima, o que seria imprescindível para caracterizar a presunção de violência" (e-STJ, fl. 8); e) ante a inconsistência do acervo probatório no tocante à autoria delitiva, haveria violação ao princípio do *in dubio pro reo* (e-STJ, fl. 6); f) houve cerceamento de defesa, na medida em que o Juízo do primeiro grau não atendeu à solicitação, da defesa, "para que fosse expedido um Ofício junto ao INSS" com o intuito de comprovar "que a suposta vítima não tinha quaisquer problema mental" (e-STJ, fls. 2-3); e g) como a vítima veio "a representar o Paciente no prazo superior a 06 meses" (e-STJ, fl. 2), operou-se a decadência dessa representação, "pois a suposta vítima responde por seus atos, conforme laudo [...]" (e-STJ, fl. 3).

Alegam, ademais, que o paciente: h) "não preenche os requisitos do Artigo 312 do Código de Processo Penal, para sua prisão cautelar" (e-STJ, fl. 3), o que restou afirmado "na própria decisão de primeiro grau" (e-STJ, fl. 8); i) respondeu o processo, até a apelação, "em liberdade, trabalhando e sustentando seus dois filhos bem como sua genitora de idade já avançada" (e-STJ, fl. 2); e j) "é primário", "nunca teve passagem na policia", tem "bons antecedentes", "tem residência fixa", "tem uma empresa em seu nome", é "arrimo de família", na medida em que o "seu salário é destinado ao sustento de seu lar e de seus familiares, haja vista que o mesmo tem dois filhos menores impúberes", possuindo comprovada "idoneidade e conduta ilibada do acusado, haja vista este nunca antes problemas com a Justiça, sendo ele pessoa uma pessoa comedida" (e-STJ, fls. 2-8).

Requerem, assim, a "absolvição" do paciente ou a "anulação de todos os atos processuais" (e-STJ, fl. 8). Pleiteiam, ainda, "seja mantido o Paciente em liberdade assistida" (e-STJ, fl. 8).

O pedido de medida liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 49-51).

Informações às fls. 59-77 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento deste *habeas corpus* (e-STJ, fls. 81-93).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.080 - SP (2016/0336778-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : JOAO PAULO PEREIRA GREJO E OUTRO
ADVOGADO : JOÃO PAULO PEREIRA GREJO E OUTRO(S) - SP294628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J A F

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, POR CARÊNCIA DE PROVAS. ART. 225, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO REALIZAÇÃO DE PROVA REQUERIDA PELA DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA. INSTITUTOS DISTINTOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e este Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.

2. Se o Tribunal de origem, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, concluiu, de forma fundamentada, não só pela materialidade do delito, mas também por ser o réu autor do crime descrito na exordial acusatória, não cabe a esta Corte a análise das afirmações relacionadas ao pleito de absolvição, na medida em que demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

3. No que se refere ao aventado cerceamento de defesa, ante a não realização da prova requerida, tem-se que, sem embargos acerca do amplo direito à produção das provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado tanto o indeferimento quanto o rechaço, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida.

4. Outrossim, para rebater conclusão assentada pelo Tribunal de origem quanto à condição de vulnerabilidade da vítima, para fins de aplicação do art. 225, parágrafo único, do CP, seria necessária profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

5. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, proferido pelo Tribunal Pleno em 17/2/2016, revendo seu posicionamento acerca do tema, firmou entendimento de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência" (DJe 17/5/2016).

6. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

7. A execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, não se evidencia manifesto constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem, de ofício.

Conforme consta do relatório, os impetrantes alegam que: a) o problema mental da vítima, por ser "de natureza leve", não comprometeria a sua capacidade de "discernimento para os atos da vida civil" e que, nesse contexto, ela já teria tido "relação com outros homens" e "vida sexual ativa" (e-STJ, fls. 3-4); b) não está comprovada a materialidade delitiva, haja vista que, "no ato aqui alegado libidinoso, não houve conjunção carnal, apenas beijos e que muito menos a vítima foi forçada a manter relação sexual, pois ela consentiu com toda esta prática amorosa, pois conforme narrado e constante nos autos, a mesma tem uma vida sexual ativa, bem como frequenta bares e baladas, conforme fotos em anexo, sendo que servira de testemunha o senhor [...], ao qual é seu ex-namorado" (e-STJ, fls. 3-4); c) "não se apurou nos autos a autoria do delito", tendo em vista que, "De toda a prova colhida, nenhuma aponta com segurança para o acusado, apenas restam presunções e conjecturas, o que não se pode admitir no processo penal" e que, "Quando interrogado em fase inquisitória, o Paciente negou veemente a prática do delito" (e-STJ, fl. 5-6); d) inexistente "prova segura de que o Paciente tivesse ciência da debilidade mental da vítima, o que seria imprescindível para caracterizar a presunção de violência" (e-STJ, fl. 8); e e) ante a inconsistência do acervo probatório no tocante à autoria delitiva, haveria violação do princípio do *in dubio pro reo* (e-STJ, fl. 6).

Em relação a estas alegações, relacionadas ao pleito absolutório, o acórdão combatido analisou detidamente cada uma delas, concluindo pelo reconhecimento da prática da conduta ilícita descrita na denúncia pelo paciente. Destacou, ao apreciar o apelo, o Tribunal *a quo*:

"[...] a autoria delitiva se mostrou incontroversa, até porque o acusado, nas duas fases da persecução, admitiu ter praticado atos libidinosos com a ofendida, embora negando a efetiva conjunção carnal, a par de alegar desconhecimento quanto ao grau de debilidade mental da jovem, sua prima. [...] Aduziu que, no dia dos fatos, solicitou à ofendida que o deixasse 'beijar suas partes íntimas', tendo aquela se banhado antes da prática do sexo oral, mais tarde interrompido a pedido dela. Na Delegacia, sustentou não ter iniciado a conjunção carnal, porquanto estava alcoolizado e teve receio de a prima começar a gritar e alguém pudesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusá-lo de estupro, embora acreditasse não estar fazendo nada de errado, até porque a casa ficou inteiramente aberta. Disse que a prima, apesar de não ser 'muito boa da cabeça', apresenta discernimento sobre assuntos de interesse dela, apenas se apresentando 'abobada' quando lhe convém, a par de haver namorado outros rapazes (fls. 22/23). Em juízo, ratificou a versão, admitindo pequeno 'envolvimento' amoroso com a vítima, algo inclusive confidenciado por ela à amiga [...] a qual mais tarde [...] decidiu reportar o ocorrido à genitora desta. Salientou, ainda, que a ofendida mentiu ao noticiar a prática de conjunção carnal ou negar o consentimento para os demais atos libidinosos, creditando tal comportamento ao fato dela ter se sentido pressionada quando instada a se manifestar perante a Delegada de Polícia ou em pretório (fls. 144, mídia de fls. 145).

Contudo, a pueril alegação exculpatória, a par de inverossímil, acabou infirmada pelos laudos periciais e relatos de testemunhas, na hipótese evidenciando considerável e perceptível atraso mental da ofendida que, de outra parte, negou ter consentido com a prática de atos sexuais sempre quando instada a se manifestar sobre o assunto, situação apta a afastar por completo a versão de ausência de dolo.

A propósito, esclareceu a ofendida [...] que realizava faxina na casa do acusado, quando este subitamente a agarrou e passou a acariciar seus seios e partes íntimas, empurrando-a em seguida para o interior do banheiro, onde lhe arrancou a roupa, de modo a constrangê-la à conjunção carnal. Explicou que o apelante chegou a introduzir parcialmente o pênis em sua vagina, apenas não completando a cópula em virtude de sua resistência (nas palavras dela, 'não deu certo'). Logo depois, vestiu-se rapidamente e foi até a cozinha lavar a louça, mas [...] [o ora paciente] voltou a molestá-la, passando-lhe a mão pelo corpo, daí porque abandonou o local sem completar a limpeza, isso depois dele finalmente abrir o portão. [...]

Basta simples análise da mídia contendo as declarações para se constatar que a vítima, nitidamente, apresenta certo déficit cognitivo, explicando a circunstância a dificuldade dela em se manifestar sobre os fatos.

Tal detalhe, contudo, não afasta a credibilidade de seu relato acerca dos atos libidinosos praticados pelo denunciado, pouco importando se este chegou efetivamente a alcançar a cópula 'completa' com a ofendida.

Quanto ao essencial, [...] [a vítima] sempre demonstrou repulsa à atitude [...] [do paciente], destacando se tratar de seu 'primo de sangue', a par de jamais haver 'saído' com ele antes dos fatos, situação diversa daquela verificada com seu primeiro namorado, Leonardo, com quem havia 'perdido a virgindade'. Salientou, ainda, ter o agente se aproveitado da vantagem física e do fato de estarem sozinhos no local para, assim, vencer sua capacidade de resistência e empurrá-la em direção ao interior do banheiro, retirando-lhe o 'short', situação apta a afastar por completo a alegação de que os atos houvessem contado com seu consentimento em algum momento.

[...]

Por seu turno, narrou a testemunha [...] ser amiga de infância da vítima, a qual frequentava sua residência quase diariamente, daí porque logo lhe chamou a atenção a mudança de comportamento dela quando voltava das faxinas na casa do primo. Intrigada, decidiu indagá-la sobre o motivo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua agitação, relatando [...] [a vítima], com bastante dificuldade, que o primo havia 'passado a mão' por seu corpo e contra sua vontade, sem entrar em maiores detalhes, daí porque procurou a genitora daquela para reportar o ocorrido. Salientou que a ofendida apresenta 'atraso' mental facilmente detectável, com dificuldade de realizar até mesmo tarefas simples, como compras em supermercado, porquanto não sabe 'mexer com dinheiro' ou efetuar contas (fls. 15/16 e 131, mídia de fls. 246).

[...] consta do laudo psicológico apresentar a ofendida 'fortes sinais de infantilidade não adequada à sua faixa etária' além de 'imaturidade afetiva e intelectual', sendo certo que, 'na percepção simplória' da jovem, o acusado seria 'apenas seu parente, incapaz de acometê-la com uma abordagem de caráter sexual, levando-a para o ato sexual de fato, principalmente contra a sua vontade' (fls. 63/64, complementado a fls. 162/166).

Corroborando tal conclusão técnica, infere-se do laudo psiquiátrico ser a ofendida portadora de 'deficiência mental leve', não apresentando 'o necessário discernimento para a prática do ato sexual' (fls. 95/96, grifei).

Por óbvio, a conclusão isenta dos 'experts' sobre o considerável déficit mental da ofendida na hipótese decorrente de estado de coma prolongado durante a infância, como consequência de sua cardiopatia crônica deve prevalecer sobre as ponderações leigas e levianas dos amigos do réu ou da diretora escolar acerca do assunto, daí a desnecessidade de considerações adicionais sobre o tema.

Sob outro ângulo, malgrado se depare com vítima submetida a 'experiência' sexual anterior, nada indica ter ela simplesmente 'fantasiado' a investida do acusado ou mesmo sobre a ausência de consentimento para o ato.

Convém tecer aqui nova remissão ao estudo psicológico, na hipótese descrevendo que, **embora a vítima não apresentasse maturidade suficiente para a prática de atos sexuais, demonstrou saber a distinção entre abuso e situação de envolvimento emocional e afetivo**, algo também revelado em juízo, quando demonstrou surpresa com a atitude do primo, seja em razão da relação de parentesco, seja pelo fato dele não ter dito nada ou mesmo a 'chamado para sair' antes de submetê-la à prática dos atos sexuais.

Ainda que se considere dissoluta a vida da vítima, o fato não teria o condão de enfraquecer suas declarações, tampouco de afastar a tipicidade da conduta atinente ao estupro de vulnerável, até porque, repita-se, depara-se com pessoa portadora de debilidade mental, quadro certamente conhecido pelo denunciado, seu 'primo de sangue' e, pois, pessoa de seu convívio próximo, sabedora da limitação mental de parente com a qual, além disso, mantinha contado próximo ou praticamente diário, ficando superada a pueril versão de erro de tipo.

[...]

E, com a comprovação do quadro de vulnerabilidade, irrelevante o propalado (e não comprovado) consentimento para a prática do ato sexual, o qual se reputaria viciado, considerada a presunção absoluta de violência estampada no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal.

Como se não bastasse, a vítima negou ter mantido qualquer envolvimento amoroso pretérito com o acusado ou mesmo consentido com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a prática dos atos sexuais, sempre informando ter aquele se aproveitado de sua vantagem física para imobilizá-la e vencer por completo sua capacidade de resistência, no caso já diminuída em razão do comprometimento psíquico incontestável, a delinear hipótese de violência real na consecução do estupro.

[...]

Assim, **demonstrada a materialidade e apurada a autoria do crime à exaustão**, a condenação é a providência que se impõe, tendo o julgador singular fixado a pena-base no mínimo legal para, na etapa seguinte da dosimetria, majorá-la de um sexto (1/6) em face da agravante prevista no artigo 61, II, 'f', do Código Penal (crime perpetrado no âmbito das relações domésticas e familiares), de modo a tornar a sanção definitiva no patamar de nove (9) anos e quatro (4) meses de reclusão, à míngua de outras causas modificadoras, algo não impugnado pela Defesa" (e-STJ, fls. 25-35, grifou-se).

Como cediço, o *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. A esse respeito:

"[...] TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição ou desclassificação da conduta imputada às questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

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 se admitindo no âmbito do *habeas corpus* a reanálise dos motivos pelos quais as instâncias ordinárias formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

3. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 343.107/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016 – grifou-se)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TEMA NÃO ENFRENTADO PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*

2. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar à conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

3. O tema referente à possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a fixação do regime aberto.

5. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 359.659/RS, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 24/8/2016)

Nesse contexto, se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, não só pela materialidade do delito, mas também por ser o réu autor do crime descrito na exordial acusatória, não cabe a Esta Corte a análise das afirmações relacionadas ao pleito de absolvição, na medida em que demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

No tocante à afirmação de que houve cerceamento de defesa, na medida em que o Juízo do primeiro grau não atendeu à solicitação, da defesa, "para que fosse expedido um Ofício junto ao INSS" com o intuito de comprovar "que a suposta vítima não tinha quaisquer problema mental" (e-STJ, fls. 2-3), asseverou o Tribunal de origem:

"[...] não prospera a alegação de cerceamento de defesa, já que o pedido de expedição de ofício ao INSS (fls. 108), na realidade, foi deferido pelo juiz singular quando da análise da resposta à acusação (fls. 116).

Ocorre que, por um lapso, deixou o Cartório de cumprir a diligência, não tendo a Defesa, de seu lado, reiterado o pedido durante a etapa instrutória (fls. 128 e 140), algo apenas aventado via memoriais derradeiros, vale dizer, quando já superada a fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, operando-se, portanto, o fenômeno da preclusão.

De todo modo, **anote-se não ter o advogado demonstrado prejuízo advindo do 'descumprimento' daquela autorização judicial, considerada a realização de diversos pareceres e relatórios técnicos ao longo da instrução, no caso destinados justamente à comprovação do déficit intelectual da vítima no âmbito criminal e diante do caso concreto** (fls. 63/64, 95/96 e 162/166), algo suficiente à comprovação de sua condição de vulnerabilidade (enquanto eventual exame realizado pelo INSS detém fins puramente previdenciários).

Ademais, convém realçar que **tais estudos atestaram a aptidão da ofendida para desempenho de trabalhos simples, desde que não**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvam demasiado esforço físico ([...] [a vítima], além de apresentar retardo mental moderado, padece de cardiopatia crônica), daí porque totalmente desnecessária a coleta de informações junto à autarquia federal para se verificar a existência de eventual pedido de aposentadoria por invalidez, detalhe desimportante ao deslinde da causa.

A esse respeito, destaca-se o teor do relatório psicológico juntado a fls. 162/166, na hipótese evidenciando apresentar a jovem 'condições de exercer atividades simples e do dia-a-dia, bem como ser treinada para atividades profissionais simples, o que a comunidade não oferece com facilidade' (fls. 166).

Vê-se, portanto, que a providência pleiteada apenas contribuiria para a delonga desnecessária do feito, até mesmo porque eventual aptidão profissional da vítima em nada afastaria a conclusão dos 'experts' a respeito de sua deficiência emocional e cognitiva, com a consequente imaturidade impedindo válido consentimento com atos sexuais, quadro que a tornou vulnerável ao episódio de abuso narrado na denúncia" (e-STJ, fls. 23-24, grifou-se).

No que se refere ao aventado cerceamento de defesa, ante a não realização da prova requerida, tem-se que, sem embargos acerca do amplo direito à produção das provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado tanto o indeferimento quanto o rechaço, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida.

Nessa linha, destaco que, "embora se cuide de direito, isso não impede que o juiz da causa examine a pertinência da prova requerida (ver, por exemplo, art. 400, § 1º, CPP), tendo em vista que cabe a ele a condução do processo, devendo, por isso mesmo, rejeitar as diligências manifestamente protelatórias." (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; *in*: Curso de Processo Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 294).

Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

CALÚNIA. IMUNIDADE PROFISSIONAL DO PACIENTE. OFENSAS PRATICADAS POR MEIO DA INSERÇÃO DE DECLARAÇÕES FALSAS EM DOCUMENTO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE DE SE AFERIR SE GUARDARIAM RELAÇÃO COM O EXERCÍCIO PROFISSIONAL OU SE ESTARIAM DE ACORDO COM A DEFESA DOS INTERESSES DE SEU CLIENTE EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO § 2º DO ARTIGO 7º DA LEI 8.906/1994.

(...)

INDEFERIMENTO MOTIVADO DE PROVA PERICIAL REQUERIDA PELA DEFESA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.

Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese em apreço, verifica-se que o togado singular indeferiu o pedido de perícia fundiária porque não teria competência para rever ou anular decisão proferida pelo Juiz da Vara do Meio Ambiente, sendo que a prova em questão seria dispensável para o deslinde da controvérsia, que se cingiria à inserção de declarações falsas em documento particular.

3. Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa da diligência almejada pela defesa do acusado, sendo certo que, para se concluir que seriam indispensáveis para a comprovação das teses suscitadas em favor do réu, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita. Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 352.390/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016, grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP NÃO CARACTERIZADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. ART. 109, IV, C/C ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA. EARESP 386.266/SP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DE E. A. INDEFERIDO.

1. Não é omissa ou carente de fundamentos o acórdão recorrido que decide de modo integral a controvérsia, apreciando todos os argumentos apresentados pelos litigantes, apenas extraindo conclusão diversa da almejada pela parte.

2. Segundo a orientação desta Corte, a produção de provas é ato orientado pela discricionariedade do julgador. Assim, compete a ele, a partir da análise dos fatos e das provas, sopesar e decidir, fundamentadamente, quais as diligências necessárias, indeferindo aquelas que considerar desnecessárias ou meramente protelatórias.

3. Na hipótese, a testemunha já havia dado o seu depoimento e esclarecido os fatos, não ficando claro qual o objetivo da nova oitiva requerida pelas partes. Segundo o acórdão recorrido, a diligência era meramente protelatória, e conclusão em sentido contrário encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

4. Demonstrar a inexistência de provas para a condenação ou de ausência de dolo na conduta, considerando as afirmações do acórdão e da sentença condenatória em sentido contrário, demandaria ampla e demorada incursão no acervo fático-probatório carreado aos autos, providência inadmissível na via eleita, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Conforme recentemente assentado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial 386.266/SP, a decisão que confirma a negativa de seguimento do recurso especial, por ausência dos pressupostos legais e constitucionais, não tem o condão de obstar o trânsito em julgado, o qual, dessarte, já se implementou.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Agravo regimental desprovido e indeferido o pedido de extinção da punibilidade pela prescrição feito por E. A."

(AgRg no AREsp 638.795/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/06/2016)

O Supremo Tribunal Federal também adota o mesmo entendimento:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 400, § 1º, DO CPP. LEITURA DO DOCUMENTO EM PLENÁRIO DO JÚRI. POSSIBILIDADE. ARTS. 422 E 479 DO CPP. EXCEÇÃO DE SUPEIÇÃO. INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO. ART. 111 DO CPP.

1. Cabe ao juízo ordinário indeferir as diligências consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, art. 400, § 1º), sendo inviável, na via do *habeas corpus*, avaliar a necessidade, ou não, do que requerido pela defesa. Precedentes.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(RHC 126.204 AgR, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, DJe 9/9/2015, grifou-se)

"Constitucional e Processo Penal. Agravo regimental em RHC. crime de pornografia infantil (art. 241, *caput*, da Lei n. 8.069/90, com a redação dada pela Lei n. 10.764/03). Testemunha desconhecidora dos fatos e do réu. Indeferimento da oitiva. Decisão fundamentada (artigo 400, § 1º, do CPP): Testemunha habilitada em informática e/ou direito eletrônico. Oportunidade de juntada de documento pertinente a tais conhecimentos técnicos. Ausência de afronta à ampla defesa. Decisão monocrática que nega seguimento a pedido ou recurso em contrariedade com a jurisprudência do Tribunal (artigos 21, § 1º, e 192 do RISTF). Precedentes.

1. O princípio do livre convencimento racional, previsto no § 1º do art. 400 do CPP, faculta ao juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Precedentes: HC 106.734, Rel. o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª TURMA, DJe de 04/05/2011; HC n. 106.734/PR, PRIMEIRA TURMA, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 4/5/11; HC 108.961, Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, 1ª TURMA, DJe de 08/08/2012; AI n. 741.442/SP-AgR, PRIMEIRA TURMA, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 15/6/11; AI n. 794.090/SP-AgR, SEGUNDA TURMA, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJe de 10/2/11; e AI n. 617.818/SP-AgR, PRIMEIRA TURMA, Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 22/11/10 e RHC 115.133/DF, Relator o Ministro LUIZ FUX.

2. *In casu*, o recorrente foi condenado a 2 anos e 11 meses de reclusão pela prática do crime de pornografia infantil (art. 241, *caput*, da Lei n. 8.069/90 com a redação dada pela Lei n. 10.764/03), sendo que a defesa arrolara três testemunhas, das quais duas figuraram como assistentes técnicos, restando apenas uma como testemunha na acepção do termo, tendo o magistrado indeferido sua oitiva, fundado em que 'versaria exclusivamente sobre matéria de informática e/ou direito eletrônico', uma vez que não detinha conhecimento dos fatos e, por não conhecer o réu,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não apresentaria informações relativas aos seus antecedentes, ressalvando, contudo, que o teor do seu relato, adstrito a conhecimentos técnicos em informática e/ou direito eletrônico, poderia ser documentado nos autos, à critério da defesa.

3. Deveras, tendo o magistrado indeferido fundamentadamente a oitiva, não cabe a esta Corte imiscuir-se em seu juízo de conveniência para aferir se a oitiva da testemunha era pertinente ou não ao interesse da defesa.

(...)

6. Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido." (RHC 126.853 AgR, Relator Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 15/9/2015)

In casu, o Tribunal *a quo* concluiu pela desnecessidade da prova pleiteada, diante do conjunto probatório contido nos autos, apto ao seu convencimento acerca da materialidade e da autoria da conduta criminosa.

Ademais, para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida, necessário seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via eleita. Ilustrativamente:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CORREIÇÃO PARCIAL. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS PARA A DEFESA (SEGUNDO MOMENTO) ANTERIORMENTE DEFERIDAS PELO JUÍZO (PRIMEIRO MOMENTO). APONTADA PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. INOCORRÊNCIA. PODER INSTRUTÓRIO DO MAGISTRADO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO MOTIVADA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 400, § 1º, DO CPP. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MAGISTRADO NA APRECIÇÃO DA PROVA. IMPRESCINDIBILIDADE DAS DILIGÊNCIAS REQUERIDAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE INCURSÃO APROFUNDADA NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem firme entendimento no sentido de que em matéria de instrução probatória não há se falar em preclusão *pro judicato*, isto porque os princípios da verdade real e do livro convencimento motivado, como fundamentos principiológicos da etapa probatória do processo penal, pelo dinamismo a ele inerente, afasta o sistema da preclusão dos poderes instrutórios do juiz.

II - 'O fato de a juíza sentenciante ter julgado a lide, entendendo desnecessária a produção de nova prova pericial anteriormente deferida, não implica preclusão 'pro judicato', pois, em questões probatórias, não há preclusão para o magistrado' (AgRg no REsp 1.212.492/MG, QUARTA TURMA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 2/5/2014).

III - O devido processo legal assegura às partes a produção das provas que entendem necessárias para comprovar a sua tese, seja defensiva ou acusatória; entretanto, esse direito, inserido nesse mesmo espectro legal esquematizado em atos processuais, não é ilimitado, incondicionado, subjetivo ou arbitrário. Direcionado que é para o magistrado, na formação do seu convencimento quanto à existência (ou não) da responsabilidade penal, caso as entenda irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, poderá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indeferi-las, motivadamente, em observância à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da CF. Inteligência do art. 400, § 1º, do CPP.

IV - 'Não obstante o direito à prova, consectário do devido processo legal e decorrência lógica da distribuição do ônus da prova, tendo o processo penal brasileiro adotado o sistema do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional, compete ao magistrado o juízo sobre a necessidade e conveniência da produção das provas requeridas, podendo indeferir, fundamentadamente, determinada prova, quando reputá-la desnecessária à formação de sua convicção, impertinente ou protelatória, cabendo ao requerente da diligência demonstrar a sua imprescindibilidade para a comprovação do fato alegado' (HC 219.365/RJ, QUINTA TURMA, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe 21/10/2013).

V - A alegada imprescindibilidade da realização das diligências requeridas para comprovação da inocência do paciente, 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.

VI - 'Ainda que houvesse elementos específicos, trazidos para comprovar a imprescindibilidade da diligência requerida, sua apreciação seria incabível nos estreitos limites do habeas corpus, visto ser evidente a inadequação da via eleita para a satisfação da pretensão deduzida' (HC 306.886/SP, QUINTA TURMA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe de 6/4/2015). *Habeas corpus* denegado."

(HC 294.383/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 03/08/2015)

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JUÍZES QUE ATUARAM NO INQUÉRITO POLICIAL ARROLADOS COMO TESTEMUNHA DE DEFESA. EXCLUSÃO DO ROL APRESENTADO NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PERÍCIA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. PROVAS IRRELEVANTES. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O indeferimento fundamentado da produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória para o julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providência coerente com o devido processo legal e com o princípio da razoável duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva.

2. É possível, excepcionalmente, a exclusão de pessoas do rol de testemunhas da defesa (juízas que atuaram no início do inquérito), quando, de forma motivada, foi reconhecida a irrelevância da prova, na medida em que nada sabiam sobre os fatos em apuração e nem sequer conheciam o recorrente.

3. O indeferimento de perícia considerada desnecessária é ato norteado pela discricionariedade regrada do juiz, consoante o disposto no art. 184 do CPP. Ademais, o Juízo de primeiro grau destacou que poderá, 'se for o caso, determinar, até de ofício, reprodução de provas úteis à instrução'.

4. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, o *habeas corpus* não comporta reavaliação sobre a pertinência da prova, por demandar exame de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fatos, inviável na via estreita.

5. Recurso ordinário não provido."

(RHC 42.890/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 22/04/2015)

Ademais, quanto à alegação se segundo a qual, como a vítima veio "a representar o Paciente no prazo superior a 06 meses" (e-STJ, fl. 2), operou-se a decadência dessa representação, "pois a suposta vítima responde por seus atos, conforme laudo [...]" (e-STJ, fl. 3), expôs o acórdão combatido:

"No caso, inoportuna a alegação atinente à decadência do direito de representação, porquanto se depara com infração penal apurada através de ação penal pública incondicionada, nos moldes do disposto no artigo 225, parágrafo único, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº. 12.015/09, anterior aos fatos aqui apurados.

Neste ponto, registre-se que o debate quanto ao grau de discernimento da vítima para a prática de atos da vida civil ou mesmo para consentir com contatos libidinosos no caso invocado a pretexto de 'modificar' ou configurar hipótese de ação penal pública condicionada à representação e, assim, afastar a condição objetiva de procedibilidade, traduz tema entrelaçado com o próprio mérito do recurso, devendo com este ser analisado" (e-STJ, fl. 23, grifou-se).

Repise-se trecho anteriormente transcrito do acórdão do Tribunal de origem:

"Basta simples análise da mídia contendo as declarações para se constatar que a vítima, nitidamente, apresenta certo déficit cognitivo, explicando a circunstância a dificuldade dela em se manifestar sobre os fatos.

[...]

Por seu turno, **narrou a testemunha [...]** ser **amiga de infância da vítima**, a qual frequentava sua residência quase diariamente, daí porque logo lhe chamou a atenção a mudança de comportamento dela quando voltava das faxinas na casa do primo. Intrigada, decidiu indagá-la sobre o motivo de sua agitação, relatando [...] [a vítima], com bastante dificuldade, que o primo havia 'passado a mão' por seu corpo e contra sua vontade, sem entrar em maiores detalhes, daí porque procurou a genitora daquela para reportar o ocorrido. Salientou **que a ofendida apresenta 'atraso' mental facilmente detectável, com dificuldade de realizar até mesmo tarefas simples, como compras em supermercado, porquanto não sabe 'mexer com dinheiro' ou efetuar contas** (fls. 15/16 e 131, mídia de fls. 246).

[...] **consta do laudo psicológico apresentar a ofendida 'fortes sinais de infantilidade não adequada à sua faixa etária' além de 'imaturidade afetiva e intelectual', sendo certo que, 'na percepção simplória' da jovem, o acusado seria 'apenas seu parente, incapaz de acometê-la com uma abordagem de caráter sexual, levando-a para o ato sexual de fato, principalmente contra a sua vontade'** (fls. 63/64, complementado a fls. 162/166).

Corroborando tal conclusão técnica, **infere-se do laudo psiquiátrico**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser a ofendida portadora de 'deficiência mental leve', não apresentando 'o necessário discernimento para a prática do ato sexual' [...]" (e-STJ, fls. 27-31, grifou-se).

Cumpre ressaltar, por oportuno, que os fatos que deram origem à condenação do paciente ocorreram no dia 01/01/2012, data posterior à vigência da Lei n. 12.015/2009, a qual conferiu a seguinte redação ao art. 225 do CP:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. **Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.** (grifou-se)

De fato, para rebater a conclusão assentada pelo Tribunal de origem segundo a qual se trata de "infração penal apurada através de ação penal pública incondicionada, nos moldes do disposto no artigo 225, parágrafo único, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.015/09" (e-STJ, fl. 23), seria necessária profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos – a fim de verificar a condição de vulnerabilidade da vítima –, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

Além do mais, conforme consta do relatório, os impetrantes sustentam, visando a liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que o paciente: "não preenche os requisitos do Artigo 312 do Código de Processo Penal, para sua prisão cautelar" (e-STJ, fl. 3), o que restou afirmado "na própria decisão de primeiro grau" (e-STJ, fl. 8); respondeu o processo, até a apelação, "em liberdade, trabalhando e sustentando seus dois filhos bem como sua genitora de idade já avançada" (e-STJ, fl. 2); e "é primário", "nunca teve passagem na polícia", tem "bons antecedentes", "tem residência fixa", "tem uma empresa em seu nome", é "arrimo de família", na medida em que o "seu salário é destinado ao sustento de seu lar e de seus familiares, haja vista que o mesmo tem dois filhos menores impúberes", possuindo comprovada "idoneidade e conduta ilibada do acusado, haja vista este nunca antes problemas com a Justiça, sendo ele pessoa uma pessoa comedida" (e-STJ, fls. 2-8).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, proferido pelo Tribunal Pleno em 17/2/2016, revendo seu posicionamento acerca do tema, firmou entendimento de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência" (DJe 17/5/2016).

Da mesma forma, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena". O referido julgado recebeu a seguinte ementa:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECLAMAÇÃO. DECISÃO DE MAGISTRADO DE 1º GRAU QUE DETERMINOU A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE *HABEAS CORPUS* DESTA CORTE QUE GARANTIRA AO RÉU O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E QUE TRANSITOU EM JULGADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (HC 126292/SP). INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Não existe descumprimento de acórdão desta Corte, nem tampouco ofensa à coisa julgada, se a ordem concedida em *Habeas Corpus*, autorizando ao réu recorrer em liberdade, teve por fundamento o fato de que o Tribunal de Justiça, em recurso exclusivo da defesa, efetuara uma *reformatio in pejus*, agravando a situação do réu, ao determinar a prisão preventiva do réu, em decisão desfundamentada, enquanto que a decisão apontada como coatora, do julgador de 1º grau, determinou a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

2. A execução provisória da pena não se confunde com o instituto da prisão

cautelar. A primeira não ocorre com simples mandado de prisão. Exige-se, no mínimo, a expedição de Guia de Recolhimento para cumprimento da pena privativa de liberdade, a ser efetivada pelo Juízo da Execução Penal, consoante se depreende da Resolução n. 113/2010, com a redação dada pela Resolução n. 180/2013, do Conselho Nacional de Justiça.

3. Ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 126292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revendo sua posição anterior, passou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

4. Reclamação improcedente." (Rcl 30.193/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 11/5/2016)

De mais a mais, cumpre ressaltar que a execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

Ainda que assim não fosse, esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis ao agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representam óbice, por si sós, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.

Ante o exposto, **não conheço o habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0336778-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 384.080 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20160000743542 30001411620138260453

EM MESA

JULGADO: 06/04/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAO PAULO PEREIRA GREJO E OUTRO
ADVOGADO : JOÃO PAULO PEREIRA GREJO E OUTRO(S) - SP294628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J A F

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.