



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.101 - SP (2011/0272856-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO SOBRAL STEIN E OUTROS
ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO SOBRAL STEIN E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : G B

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONCOMITANTE COM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ATENTADO VIOLENTO DO PUDOR. CONDENAÇÃO. LAUDO COMPLEMENTAR. NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. DECISÕES DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem concomitantemente com agravo em recurso especial, não conhecido em razão da intempestividade.

2. Hipótese em que os fundamentos adotados pelo Juiz de primeiro grau e pela Corte estadual para justificar a elaboração do laudo complementar e a não realização do exame de DNA mostram-se adequados, não apontando flagrante ilegalidade a ser reconhecida, de ofício, nesta via estreita do *mandamus*. Inviável a análise aprofundada das provas para se chegar a conclusão diversa acerca da necessidade da produção de prova.

3. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

4. *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, e os votos das Sras. Ministras Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior (voto-vista), Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 04 de junho de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.101 - SP (2011/0272856-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO SOBRAL STEIN E OUTROS
ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO SOBRAL STEIN E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : G B

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de G. B., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0058501-21.2005.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nos arts. 148, *caput* e § 2º, e 214, ambos do Código Penal.

Sobreveio sentença, condenando-o como incurso no art. 214 do Código Penal, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime integralmente fechado. No que interessa, constou do *decisum* (fls. 890/906):

Rejeito as preliminares.

A solicitação de confecção do laudo complementar ocorreu por iniciativa das peritas que realizaram o exame de corpo de delito, em razão de o resultado do exame de verificação de espermatozóide ter sido negativo. Realizada a contraprova na lâmina reserva, foi constatada a presença de espermatozóide, o que implicou na confecção de um laudo complementar ao anterior.

O fato de esse laudo complementar ter sido elaborado independentemente da iniciativa das partes não viola o princípio do contraditório, pois não houve nova perícia, mas apenas a complementação da que já havia sido juntada aos autos. Além disso, a prova técnica é, por definição, ato personalíssimo de pessoa qualificada e da confiança do juízo, vale dizer, ato que necessariamente não tem a interferência das partes, e sim a intervenção delas, a qual, em um processo criminal, é restrita à solicitação de esclarecimentos.

Não seria compreensível que um técnico elaborasse trabalho científico na presença das partes, ou com a participação delas. O contraditório, neste caso, se realiza quando as partes podem indagar com absoluta liberdade ao perito como ele chegou às suas conclusões, e isso ocorreu neste processo, durante audiência designada especialmente para esse fim, quando as peritas que o subscreveram foram ouvidas como testemunhas do juízo, respondendo às várias indagações da defesa e da acusação.

Não houve cerceamento da atuação do assistente técnico da defesa sobre o laudo pericial complementar, tanto que ele poderia ter se manifestado sobre ele. O que não se concebe é a interferência de um assistente técnico durante a elaboração do laudo oficial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da argumentação da defesa depreende-se uma equivocada transposição de regras probatórias específicas do processo civil para este processo criminal. Ora, não obstante a Teoria Geral do Processo, as peculiaridades da Jurisdição Cível e Criminal não comportam mera e irrefletida aplicação de normas de uma esfera em outra. A dinâmica de um julgamento criminal exige que a colheita de provas ocorra ainda na fase policial, ou seja, antes mesmo de formalizada a persecução penal. Destarte, é à autoridade policial que incumbe reunir elementos de convicção e requisitar provas técnicas. O contraditório não ocorre nesse momento, pois fica diferido para depois da formalização da denúncia. E ele se consubstanciará na absoluta liberdade das partes em impugnar as conclusões dessas provas.

Toda essa sistemática difere ontologicamente daquela do Processo Civil, no qual, depois de delimitado o objeto da demanda pela postulação e pela resposta - portanto depois da plena instauração do contraditório - e de concedida às partes a oportunidade de especificar provas, o juiz, em decisão de saneamento, determina quais as provas que serão produzidas, e se for o caso de realização de perícia, segue o respectivo procedimento, previsto no Código de Processo Civil, que, como se vê, é incompatível com o Processo Penal.

Portanto, o laudo complementar não é prova ilícita.

Não havia sentido em deferir-se a ouvida das médicas legistas que subscreveram o laudo de exame de corpo de delito. Ora, a prova testemunhal destina-se à apuração de fatos. Essas peritas não presenciaram o crime. A atuação delas restringiu-se ao exame da vítima, após o evento. E suas conclusões foram colocadas em laudo. Conforme decidi oportunamente: "Há diferença ontológica entre o depoimento de um perito e de uma testemunha. Um perito só é ouvido a respeito do laudo que elaborou. Os questionamentos que os defensores antecipam sem seu requerimento para ouvir a Dra. Kazuko, não se refere ao laudo de fls. 61/62, em seus aspectos técnicos, mas sim ao contato pessoal entre médica legista e a vítima. Isso é matéria de prova testemunhal e não de esclarecimentos periciais. Diferentemente do laudo complementar (...), o laudo de fls. 61/62 não suscita qualquer questionamento técnico."

O não deferimento da realização de exame de DNA no *swab* que contém o material colhido na vítima não ofende o princípio da ampla defesa. A realização desse exame só seria imprescindível se houvesse dúvida quanto à autoria. Ora, não há outro acusado ou suspeito do crime. Essa, aliás, nem é uma das teses da defesa, a qual se bate pela negativa do crime, não da autoria.

Além disso, nada nos autos indica que o material colhido na vítima foi preservado ou é suficiente para a realização desse exame.

O Princípio da Paridade de Armas, que não tem respaldo constitucional nem legal, mas é mera construção de certa corrente doutrinária, não foi desrespeitado. O Ministério Público, enquanto órgão estatal a que a Constituição da República dotou de autoridade para requisitar diligências investigatórias, não poderia legitimamente tolher-se a si próprio essa prerrogativa em consideração aos advogados, que a não possuem. Em situações extremas, isso poderia até significar prevaricação. Portanto, a aplicação do mencionado princípio deve levar em conta que, quando a *Charta Magna* atribui a uma das partes prerrogativa que não atribui a outra, isso leva em conta os interesses maiores do Estado e da sociedade, sem configurar injustiça, muito ao contrário. Lembro que o Estatuto da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Advocacia atribui também aos advogados prerrogativas que os Promotores de Justiça não possuem, e que, se estes, em nome do mencionado princípio, pretendessem fazer uso delas, isso poderia configurar falta funcional e até crime. Cito, apenas como exemplo, a prerrogativa do advogado de "recusar-se a depor como testemunha em processo (...) sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional". Não seria admissível que um Promotor de Justiça que tivesse atuado, como curador de um incapaz em um processo, por interpretação analógica, invocasse semelhante prerrogativa.

No mérito, a ação é procedente.

(...)

Passo a dosar a pena.

Na fase do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu não possui antecedentes criminais, e que sua personalidade não é mais nem menos perversa que a de outros criminosos de seu gênero. A diferença de condição social entre a vítima e o réu, que tanto atraiu a atenção da imprensa e impressionou a sociedade, é apenas aparente. Se o réu pertence a família abastada, isso, por si só, não é capaz de alçá-lo a uma condição social superior. As camadas superiores de uma sociedade não são, necessariamente, aquelas que acumulam riquezas, mas aquelas cujos membros cultivam aqueles valores capazes de elevar uma civilização. A riqueza, se bem empregada, pode ser um meio eficaz para se atingir esses valores, mas ela não passa disso, de um meio. O réu revela que seus valores são os da camada mais desprezível da sociedade: É usuário confesso de drogas ilícitas, freqüentador de lugares suspeitos, sem higiene (chupou os seios e lambeu a vagina de uma menina que havia acabado de urinar nas próprias vestes, a qual, como toda criança abandonada, sabe-se lá quando havia se banhado), e expressa-se em vocabulário chulo (como se depreende das expressões que proferiu na presença da vítima). Até a volúpia direcionada a uma pessoa como a vítima revela bem o quanto o réu está distante daquilo que se pode chamar "alta sociedade". Por outro lado, dentre as circunstâncias judiciais que devem ser sopesadas na dosagem da pena não se encontra a condição social do acusado, e sim a sua conduta social, que são conceitos distintos. O baderneiro, o arruaceiro, o desordeiro, o debochado são pessoas com conduta social reprovável, independentemente de sua condição social. Não há nos autos informações sobre a conduta social do réu. Circunstância relevante na dosagem de sua pena é a condição pessoal da vítima, uma menina de apenas 12 (doze) anos, virgem, faminta, paupérrima, exposta a uma espécie de mendicância para ajudar a sustentar sua família. Isso reveste de gravidade especial o crime em questão. Assim, fixo a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão.

Não incide agravante nem atenuante, nem causa de aumento ou diminuição de pena.

(...)

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo ministerial e deu parcial provimento ao recurso defensivo apenas para estabelecer o regime inicial fechado para o cumprimento da pena. Extrai-se do acórdão (fls. 1268/1288):

As preliminares de nulidade não prosperam.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A defesa alega ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa por entender que o laudo pericial complementar de fls. 400/402, que apresentou resultado diverso do laudo de fls. 60/61, foi elaborado sem sua participação e sem requisição judicial.

Todavia, entendendo-se por prova ilícita aquela que ofende normas materiais ou processuais, de se observar que não houve mácula alguma neste sentido quanto à prova em questão.

O que se constata no caso vertente é que os peritos cuidaram de complementar o primeiro laudo, equivocadamente conclusivo sobre a ausência de espermatozóides no material colhido do ânus da vítima, tão logo o exame realizado pelo setor de citologia do IML nas demais lâminas que continham outras amostras do mesmo material revelou haver, sim, presença de espermatozóides.

Assim, na medida em que a obrigação do perito enquanto auxiliar da justiça é atestar a verdade, não poderiam os experts deixar de complementar o laudo, de ofício, para fazer constar a verdade real, consubstanciada na efetiva existência de espermatozóides no material colhido do ânus da vítima, dada a relevância da informação para o corpo de delito.

Uma vez juntados o laudo e seu complemento, amplo conhecimento foi dado às partes, que puderam tecer suas respectivas teses e pontos de vista, em prestígio ao contraditório e amplitude de defesa, postulados incontestavelmente assegurados nesta lide penal, sem margens para divagações, tanto que a defesa providenciou um parecer particular (fls. 190/192), buscando desacreditar o laudo do IML.

Também não houve cerceamento de defesa no tocante ao indeferimento das oitivas das médicas legistas Kazuco Nakai Murata e Juliana S. J. Melo, subscritoras do primeiro laudo, pois não foram arroladas como testemunhas na defesa prévia e o objetivo da oitiva, conforme o requerimento da defesa, não se refere aos aspectos técnicos do laudo de fls. 61/62.

As peritas que elaboraram o laudo complementar, que atestou a presença de espermatozóides no material colhido em outras lâminas, foram ouvidas em juízo, possibilitando à defesa questioná-las, donde se conclui não ter havido qualquer prejuízo, o que impede se fale em nulidade, a teor do disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal.

Outrossim, nos exatos termos da r. Sentença e contra-razões do Ministério Público, não houve cerceamento de defesa no que se refere à negativa de realização de exame de DNA na amostra de espermatozóides retirada do corpo da vítima, pois referida prova tornou-se prescindível diante do robusto acervo probatório que pesa em desfavor do réu, suficiente para formar o livre convencimento do Magistrado.

Os atos atentatórios ao pudor foram comprovados pela palavra da vítima e pelo laudo de exame pericial que atestou a presença de lesões no ânus de Jéssica. Tais provas demonstraram a ocorrência de coito anal e de outros atos libidinosos, como apalpações e sexo oral, atos suficientes para a consumação do delito. Neste contexto, o DNA seria útil somente se houvesse mais de um suspeito, o que não é o caso dos autos.

Por fim, oportuno salientar que o princípio da "paridade de armas" não é previsto no ordenamento jurídico, mas, ainda que admitido pela doutrina, também não foi infringido, porquanto Advogados e Promotores de Justiça possuem prerrogativas distintas, de acordo com os interesses que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defendem, o que não implica em injusta desigualdade no campo processual. Rejeita-se, destarte, as preliminares.

No Mérito, a r. sentença deve ser mantida, exceto quanto ao regime prisional fixado.

(...)

A dosimetria penal não merece reparo, visto que elaborada com brilhantismo pelo Douto Juiz de Direito, Dr. JOSÉ ROBERTO LEME ALVES DE OLIVEIRA, sobretudo no tocante aos fundamentos que ensejaram o acréscimo à pena base, nos termos seguintes, que integralmente adotamos como razão de decidir:

(...)

O Juiz tem discricionariedade de fixar a pena, fundamentadamente, entre o mínimo e o máximo previstos abstratamente em Lei, o que foi feito de forma suficientemente justificada pelo MM. Sentenciante.

A defesa, insatisfeita, interpôs recursos especial e extraordinário, que, não admitidos na origem, ensejaram a formulação de agravos para esta Corte e para o Supremo Tribunal Federal.

Alega o impetrante, inicialmente, que houve produção de laudo pericial complementar sem prévia ciência e participação da defesa, contrariando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Aduz, ainda, que, diante do resultado positivo do laudo complementar, requereu-se a realização do exame de DNA, mas o juízo *a quo* indeferiu o pedido, alegando existir, no caso, apenas um suspeito de crime, o que configura flagrante cerceamento de defesa.

Entende que "a exigência de realização de exame de DNA era ainda maior diante do laudo pericial anterior apontando a inexistência de espermatozoides na suposta vítima".

Assevera que a prova deve ser realizada para assegurar a ampla defesa, sendo irrelevante não existir pluralidade de suspeitos.

Defende, ainda, a revisão da dosimetria da pena, sublinhando que o Tribunal *a quo* manteve a pena-base em 10 (dez) anos, desconsiderando o parecer ministerial, que opinava pela sua redução.

Argumenta que a pena-base foi mantida no máximo legal com base em uma única circunstância (condição pessoal da vítima), não prevista em lei, evidenciando-se, portanto, a ilegalidade do aumento procedido.

Pretende a anulação do processo a partir da juntada do laudo pericial de fls. 400/401 ou, subsidiariamente, a partir da decisão de fl. 709, que indeferiu o primeiro pedido de realização do exame de DNA. Caso não sejam acolhidos os pedidos anteriores, requer a redução da pena ao mínimo legal.

A liminar foi indeferida às fls. 1416/1417.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 1422/1438).

O agravo interposto perante esta Corte (AREsp n.º 46694/SP) não foi conhecido, por meio de decisão proferida em 28.10.2011. Negou-se provimento ao agravo regimental em 22.11.2011, operando-se o trânsito em julgado. Conforme noticiou o impetrante às fls. 1450/1454, o ARE n.º 719.718/SP não foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão publicada em 22.04.2013, ainda sem trânsito em julgado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.101 - SP (2011/0272856-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONCOMITANTE COM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ATENTADO VIOLENTO DO PUDOR. CONDENAÇÃO. LAUDO COMPLEMENTAR. NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. DECISÕES DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem concomitantemente com agravo em recurso especial, não conhecido em razão da intempestividade.

2. Hipótese em que os fundamentos adotados pelo Juiz de primeiro grau e pela Corte estadual para justificar a elaboração do laudo complementar e a não realização do exame de DNA mostram-se adequados, não apontando flagrante ilegalidade a ser reconhecida, de ofício, nesta via estreita do *mandamus*. Inviável a análise aprofundada das provas para se chegar a conclusão diversa acerca da necessidade da produção de prova.

3. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

4. *Writ* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Eis os fundamentos adotados pelo Juiz de primeiro grau (fls. 890/906):

Rejeito as preliminares.

A solicitação de confecção do laudo complementar ocorreu por iniciativa das peritas que realizaram o exame de corpo de delito, em razão de o resultado do exame de verificação de espermatozóide ter sido negativo. Realizada a contraprova na lâmina reserva, foi constatada a presença de espermatozóide, o que implicou na confecção de um laudo complementar ao anterior.

O fato de esse laudo complementar ter sido elaborado independentemente da iniciativa das partes não viola o princípio do contraditório, pois não houve nova perícia, mas apenas a complementação da que já havia sido juntada aos autos. Além disso, a prova técnica é, por definição, ato personalíssimo de pessoa qualificada e da confiança do juízo, vale dizer, ato que necessariamente não tem a interferência das partes, e sim a intervenção delas, a qual, em um processo criminal, é restrita à solicitação de esclarecimentos.

Não seria compreensível que um técnico elaborasse trabalho científico na presença das partes, ou com a participação delas. O contraditório, neste caso, se realiza quando as partes podem indagar com absoluta liberdade ao perito como ele chegou às suas conclusões, e isso ocorreu neste processo, durante audiência designada especialmente para esse fim, quando as peritas que o subscreveram foram ouvidas como testemunhas do juízo, respondendo às várias indagações da defesa e da acusação.

Não houve cerceamento da atuação do assistente técnico da defesa sobre o laudo pericial complementar, tanto que ele poderia ter se manifestado sobre ele. O que não se concebe é a interferência de um assistente técnico durante a elaboração do laudo oficial.

Da argumentação da defesa depreende-se uma equivocada transposição de regras probatórias específicas do processo civil para este processo criminal. Ora, não obstante a Teoria Geral do Processo, as peculiaridades da Jurisdição Cível e Criminal não comportam mera e irrefletida aplicação de normas de uma esfera em outra. A dinâmica de um julgamento criminal exige que a colheita de provas ocorra ainda na fase policial, ou seja, antes mesmo de formalizada a persecução penal. Destarte, é à autoridade policial que incumbe reunir elementos de convicção e requisitar provas técnicas. O contraditório não ocorre nesse momento, pois fica diferido para depois da formalização da denúncia. E ele se consubstanciará na absoluta liberdade das partes em impugnar as conclusões dessas provas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Toda essa sistemática difere ontologicamente daquela do Processo Civil, no qual, depois de delimitado o objeto da demanda pela postulação e pela resposta - portanto depois da plena instauração do contraditório - e de concedida às partes a oportunidade de especificar provas, o juiz, em decisão de saneamento, determina quais as provas que serão produzidas, e se for o caso de realização de perícia, segue o respectivo procedimento, previsto no Código de Processo Civil, que, como se vê, é incompatível com o Processo Penal.

Portanto, o laudo complementar não é prova ilícita.

Não havia sentido em deferir-se a ouvida das médicas legistas que subscreveram o laudo de exame de corpo de delito. Ora, a prova testemunhal destina-se à apuração de fatos. Essas peritas não presenciaram o crime. A atuação delas restringiu-se ao exame da vítima, após o evento. E suas conclusões foram colocadas em laudo. Conforme decidi oportunamente: "Há diferença ontológica entre o depoimento de um perito e de uma testemunha. Um perito só é ouvido a respeito do laudo que elaborou. Os questionamentos que os defensores antecipam sem seu requerimento para ouvir a Dra. Kazuko, não se refere ao laudo de fls. 61/62, em seus aspectos técnicos, mas sim ao contato pessoal entre médica legista e a vítima. Isso é matéria de prova testemunhal e não de esclarecimentos periciais. Diferentemente do laudo complementar (...), o laudo de fls. 61/62 não suscita qualquer questionamento técnico."

O não deferimento da realização de exame de DNA no *swab* que contém o material colhido na vítima não ofende o princípio da ampla defesa. A realização desse exame só seria imprescindível se houvesse dúvida quanto à autoria. Ora, não há outro acusado ou suspeito do crime. Essa, aliás, nem é uma das teses da defesa, a qual se bate pela negativa do crime, não da autoria.

Além disso, nada nos autos indica que o material colhido na vítima foi preservado ou é suficiente para a realização desse exame.

O Princípio da Paridade de Armas, que não tem respaldo constitucional nem legal, mas é mera construção de certa corrente doutrinária, não foi desrespeitado. O Ministério Público, enquanto órgão estatal a que a Constituição da República dotou de autoridade para requisitar diligências investigatórias, não poderia legitimamente tolher-se a si próprio essa prerrogativa em consideração aos advogados, que a não possuem. Em situações extremas, isso poderia até significar prevaricação. Portanto, a aplicação do mencionado princípio deve levar em conta que, quando a *Charla Magna* atribui a uma das partes prerrogativa que não atribui a outra, isso leva em conta os interesses maiores do Estado e da sociedade, sem configurar injustiça, muito ao contrário. Lembro que o Estatuto da Advocacia atribui também aos advogados prerrogativas que os Promotores de Justiça não possuem, e que, se estes, em nome do mencionado princípio, pretendessem fazer uso delas, isso poderia configurar falta funcional e até crime. Cito, apenas como exemplo, a prerrogativa do advogado de "recusar-se a depor como testemunha em processo (...) sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional". Não seria admissível que um Promotor de Justiça que tivesse atuado, como curador de um incapaz em um processo, por interpretação analógica, invocasse semelhante prerrogativa.

No mérito, a ação é procedente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Passo a dosar a pena.

Na fase do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu não possui antecedentes criminais, e que sua personalidade não é mais nem menos perversa que a de outros criminosos de seu gênero. A diferença de condição social entre a vítima e o réu, que tanto atraiu a atenção da imprensa e impressionou a sociedade, é apenas aparente. Se o réu pertence a família abastada, isso, por si só, não é capaz de alçá-lo a uma condição social superior. As camadas superiores de uma sociedade não são, necessariamente, aquelas que acumulam riquezas, mas aquelas cujos membros cultivam aqueles valores capazes de elevar uma civilização. A riqueza, se bem empregada, pode ser um meio eficaz para se atingir esses valores, mas ela não passa disso, de um meio. O réu revela que seus valores são os da camada mais desprezível da sociedade: É usuário confesso de drogas ilícitas, frequentador de lugares suspeitos, sem higiene (chupou os seios e lambeu a vagina de uma menina que havia acabado de urinar nas próprias vestes, a qual, como toda criança abandonada, sabe-se lá quando havia se banhado), e expressa-se em vocabulário chulo (como se depreende das expressões que proferiu na presença da vítima). Até a volúpia direcionada a uma pessoa como a vítima revela bem o quanto o réu está distante daquilo que se pode chamar "alta sociedade". Por outro lado, dentre as circunstâncias judiciais que devem ser sopesadas na dosagem da pena não se encontra a condição social do acusado, e sim a sua conduta social, que são conceitos distintos. O baderneiro, o arruaceiro, o desordeiro, o debochado são pessoas com conduta social reprovável, independentemente de sua condição social. Não há nos autos informações sobre a conduta social do réu. Circunstância relevante na dosagem de sua pena é a condição pessoal da vítima, uma menina de apenas 12 (doze) anos, virgem, faminta, paupérrima, exposta a uma espécie de mendicância para ajudar a sustentar sua família. Isso reveste de gravidade especial o crime em questão. Assim, fixo a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão.

Não incide agravante nem atenuante, nem causa de aumento ou diminuição de pena.

Já o Tribunal de origem consignou (fls. 1268/1288):

As preliminares de nulidade não prosperam.

A defesa alega ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa por entender que o laudo pericial complementar de fls. 400/402, que apresentou resultado diverso do laudo de fls. 60/61, foi elaborado sem sua participação e sem requisição judicial.

Todavia, entendendo-se por prova ilícita aquela que ofende normas materiais ou processuais, de se observar que não houve mácula alguma neste sentido quanto à prova em questão.

O que se constata no caso vertente é que os peritos cuidaram de complementar o primeiro laudo, equivocadamente conclusivo sobre a ausência de espermatozóides no material colhido do ânus da vítima, tão logo o exame realizado pelo setor de citologia do IML nas demais lâminas que continham outras amostras do mesmo material revelou haver, sim, presença de espermatozóides.

Assim, na medida em que a obrigação do perito enquanto auxiliar da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justiça é atestar a verdade, não poderiam os experts deixar de complementar o laudo, de ofício, para fazer constar a verdade real, consubstanciada na efetiva existência de espermatozóides no material colhido do ânus da vítima, dada a relevância da informação para o corpo de delito.

Uma vez juntados o laudo e seu complemento, amplo conhecimento foi dado às partes, que puderam tecer suas respectivas teses e pontos de vista, em prestígio ao contraditório e amplitude de defesa, postulados incontestavelmente assegurados nesta lide penal, sem margens para divagações, tanto que a defesa providenciou um parecer particular (fls. 190/192), buscando desacreditar o laudo do IML.

Também não houve cerceamento de defesa no tocante ao indeferimento das oitivas das médicas legistas Kazuco Nakai Murata e Juliana S. J. Melo, subscritoras do primeiro laudo, pois não foram arroladas como testemunhas na defesa prévia e o objetivo da oitiva, conforme o requerimento da defesa, não se refere aos aspectos técnicos do laudo de fls. 61/62.

As peritas que elaboraram o laudo complementar, que atestou a presença de espermatozóides no material colhido em outras lâminas, foram ouvidas em juízo, possibilitando à defesa questioná-las, donde se conclui não ter havido qualquer prejuízo, o que impede se fale em nulidade, a teor do disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal.

Outrossim, nos exatos termos da r. Sentença e contra-razões do Ministério Público, não houve cerceamento de defesa no que se refere à negativa de realização de exame de DNA na amostra de espermatozóides retirada do corpo da vítima, pois referida prova tornou-se prescindível diante do robusto acervo probatório que pesa em desfavor do réu, suficiente para formar o livre convencimento do Magistrado.

Os atos atentatórios ao pudor foram comprovados pela palavra da vítima e pelo laudo de exame pericial que atestou a presença de lesões no ânus de Jéssica. Tais provas demonstraram a ocorrência de coito anal e de outros atos libidinosos, como apalpações e sexo oral, atos suficientes para a consumação do delito. Neste contexto, o DNA seria útil somente se houvesse mais de um suspeito, o que não é o caso dos autos.

Por fim, oportuno salientar que o princípio da "paridade de armas" não é previsto no ordenamento jurídico, mas, ainda que admitido pela doutrina, também não foi infringido, porquanto Advogados e Promotores de Justiça possuem prerrogativas distintas, de acordo com os interesses que defendem, o que não implica em injusta desigualdade no campo processual.

Rejeita-se, destarte, as preliminares.

No Mérito, a r. sentença deve ser mantida, exceto quanto ao regime prisional fixado.

(...)

A dosimetria penal não merece reparo, visto que elaborada com brilhantismo pelo Douto Juiz de Direito, Dr. JOSÉ ROBERTO LEME ALVES DE OLIVEIRA, sobretudo no tocante aos fundamentos que ensejaram o acréscimo à pena base, nos termos seguintes, que integralmente adotamos como razão de decidir:

(...)

O Juiz tem discricionariedade de fixar a pena, fundamentadamente, entre o mínimo e o máximo previstos abstratamente em Lei, o que foi feito de forma suficientemente justificada pelo MM. Sentenciante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não vejo nulidade a ser aqui reconhecida de ofício. Os fundamentos adotados pelo Juiz de primeiro grau e pela Corte estadual justificam adequadamente a elaboração do laudo complementar e a não realização do exame de DNA, não apontando flagrante ilegalidade a ser reconhecida nesta via estreita do *mandamus*.

Diante da realização de contraprova na lâmina reserva, e tendo os peritos identificado a presença de espermatozoide, correta a confecção de laudo complementar, independentemente de requerimento ou prévia oitiva das partes. Note-se que não houve realização de novo exame, mas apenas complementação do seu resultado. Veja-se o esclarecimento do magistrado na sentença (fls. 894/895):

A solicitação de confecção do laudo complementar ocorreu por iniciativa das peritas que realizaram o exame de corpo de delito, em razão de o resultado do exame de verificação de espermatozóiide ter sido negativo. Realizada a contraprova na lâmina reserva, foi constatada a presença de espermatozóiide, o que implicou na confecção complementar ao anterior.

O fato de esse laudo complementar ter sido elaborado independentemente da iniciativa das partes não viola o princípio do contraditório, pois não houve nova perícia, mas apenas a complementação da que já havia sido juntada aos autos. Além disso, a prova técnica é, por definição, ato personalíssimo de pessoa qualificada e da confiança do juízo, vale dizer, ato que necessariamente não tem a interferência das partes, e sim a intervenção delas, a qual, em um processo criminal, é restrita à solicitação de esclarecimentos.

Não seria compreensível que um técnico elaborasse trabalho científico na presença das partes, ou com a participação delas. O contraditório, neste caso, se realiza quando as partes podem indagar com absoluta liberdade ao perito como ele chegou às suas conclusões, e isso ocorreu neste processo, durante audiência designada especialmente para esse fim, quando as peritas que o subscreveram foram ouvidas como testemunhas do juízo, respondendo às várias indagações da defesa e da acusação.

De outra parte, foi devidamente motivada a desnecessidade do exame, eis que não havia outro suspeito do crime, o próprio paciente admitia ter estado com as vítimas, apesar de negar o delito, e não havia indicativo de ser o material colhido suficiente para a realização do exame pretendido. Diante desse contexto, as instâncias originárias concluíram que as provas até então produzidas eram suficientes para comprovar a autoria do delito, sendo prescindível a realização do exame de DNA. E não se mostra possível chegar a conclusão diversa nesta sede, em que vedada a análise aprofundada dos elementos de convicção.

Confira-se, mais uma vez, o que disse o Juiz *a quo* (fls. 896/897):

O não deferimento da realização de exame de DNA no swab que contém o material colhido na vítima não ofende o princípio da ampla defesa. A realização desse exame só seria imprescindível se houvesse dúvida quanto à autoria. Ora, não há outro acusado ou suspeito do crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Essa, aliás, nem é uma das teses da defesa, a qual se bate pela negativa do crime, não da autoria.

Além disso, nada nos autos indica que o material colhido na vítima foi preservado ou é suficiente para a realização desse exame.

Inexiste, portanto, qualquer nulidade a ser aqui reconhecida.

No tocante à dosimetria da pena, igualmente entendo não haver constrangimento ilegal, eis que o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. Eis o teor do *decisum* (fls. 904/905):

Na fase do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu não possui antecedentes criminais, e que sua personalidade não é mais nem menos perversa que a de outros criminosos de seu gênero. A diferença de condição social entre a vítima e o réu, que tanto atraiu a atenção da imprensa e impressionou a sociedade, é apenas aparente. Se o réu pertence a família abastada, isso, por si só, não é capaz de alçá-lo a uma condição social superior. As camadas superiores de uma sociedade não são, necessariamente, aquelas que acumulam riquezas, mas aquelas cujos membros cultivam aqueles valores capazes de elevar uma civilização. A riqueza, se bem empregada, pode ser um meio eficaz para se atingir esses valores, mas ela não passa disso, de um meio. O réu revela que seus valores são os da camada mais desprezível da sociedade: É usuário confesso de drogas ilícitas, freqüentador de lugares suspeitos, sem higiene (chupou os seios e lambeu a vagina de uma menina que havia acabado de urinar nas próprias vestes, a qual, como toda criança abandonada, sabe-se lá quando havia se banhado), e expressa-se em vocabulário chulo (como se depreende das expressões que proferiu na presença da vítima). Até a volúpia direcionada a uma pessoa como a vítima revela bem o quanto o réu está distante daquilo que se pode chamar "alta sociedade". Por outro lado, dentre as circunstâncias judiciais que devem ser sopesadas na dosagem da pena não se encontra a condição social do acusado, e sim a sua conduta social, que são conceitos distintos. O baderneiro, o arruaceiro, o desordeiro, o debochado são pessoas com conduta social reprovável, independentemente de sua condição social. Não há nos autos informações sobre a conduta social do réu. Circunstância relevante na dosagem de sua pena é a condição pessoal da vítima, uma menina de apenas 12 (doze) anos, virgem, faminta, paupérrima, exposta a uma espécie de mendicância para ajudar a sustentar sua família. Isso reveste de gravidade especial o crime em questão. Assim, fixo a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão.

Como visto, foi destacada a concreta gravidade do crime, em especial diante das condições pessoais da vítima, menina de apenas 12 anos, "virgem, faminta, paupérrima, exposta a uma espécie de mendicância para ajudar a sustentar sua família". Tal fundamentação, por conferir maior reprovabilidade ao delito, justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Não é demais lembrar o entendimento desta Corte, no tocante à dosimetria, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de que, em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

Nesse sentido:

Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

(HC 119.544/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

Da minha relatoria, *mutatis mutandis*:

Somente se conhece de *habeas corpus*, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie.

(HC 95.118/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 06/09/2010)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe da seguinte ementa:

DIREITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. **Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas.** Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.101 - SP (2011/0272856-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (PRESIDENTE): Srs. Ministros, acompanho o voto da eminente Ministra Relatora pelas razões invocadas no voto, não conhecendo do pedido de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0272856-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 225.101 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10703993 50050585010 585012120058260050 993070959371

EM MESA

JULGADO: 21/05/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCO ANTONIO SOBRAL STEIN E OUTROS
ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO SOBRAL STEIN E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : G B

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). CRISTIANO ÁVILA MARONNA, pela parte PACIENTE: G B

CERTIDÃO

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

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora não conhecendo do habeas corpus, sendo acompanhada pelo Sr. Ministro Og Fernandes, pediu vista o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Aguardam as Sras. Ministras Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE)."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.101 - SP (2011/0272856-0)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Sr. Presidente, foram várias as questões postas por ocasião da impetração: realização de laudo pericial complementar no curso do processo, sem requisição judicial e sem ciência e participação da defesa e com resultado diverso do laudo pericial anterior; indeferimento do pedido da defesa para a realização de exame de DNA e erro na dosimetria da pena. Só a questão da dosimetria da pena me fez pedir vista. Não tinha e não tenho dúvidas em acompanhar a eminente Relatora quanto aos dois primeiros aspectos debatidos, endossando aqui as suas razões.

E quanto ao último ponto (dosimetria) – a leitura atenta da sentença e do acórdão mostra que, nesse aspecto, ficou mantida integralmente –, também não vejo como discordar da Ministra Maria Thereza.

Quando da fixação da pena, considerou-se, além das condições pessoais da vítima (menina de apenas 12 anos, virgem, faminta, paupérrima, exposta a uma espécie de mendicância para ajudar a sustentar sua família), a conduta social do paciente, usuário confesso de drogas, frequentador de lugares suspeitos, baderneiro, arruaceiro, desordeiro e debochado, tendo em conta que, como ensina Nucci, *não há dúvida de que uma pessoa de excelente conduta anterior ao crime merece menor censura do que outra, acostumada a incomodar as pessoas, provocar arruaças, agredir a família* (in Individualização da pena, 4ª ed., RT, fl. 165). Parece-me, ainda, que as próprias circunstâncias do crime, devidamente descritas na sentença, também contribuíram para a fixação da pena acima do mínimo legal.

Assim, Sr. Presidente, **não conheço** da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0272856-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 225.101 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10703993 50050585010 585012120058260050 993070959371

EM MESA

JULGADO: 04/06/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCO ANTONIO SOBRAL STEIN E OUTROS
ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO SOBRAL STEIN E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : G B

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, e os votos das Sras. Ministras Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido de habeas corpus, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior (voto-vista), Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.