



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.416 - SP (2017/0166234-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : HEITOR ALVES E OUTRO
ADVOGADOS : LETICIA PITOLI - SP391651
HEITOR ALVES - SP0206101
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E A R (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. INVIABILIDADE DA VALORAÇÃO DE PROVAS VIA HC. APELAÇÃO PRESTES A SER JULGADA. AMPLO EFEITO DEVOLUTIVO. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO COMPLETA DO ACERVO PROBATÓRIO E DO SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. No caso, o Juiz indeferiu algumas diligências - perícia no celular da vítima, quebra de seu sigilo telefônico e telemático, oitiva de uma testemunha indicada e nova avaliação psicológica da vítima, com a presença de assistente técnico defensivo, o que teria causado cerceamento de defesa.

3. Entretanto, as questões apresentadas na presente impetração também serão avaliadas pelos Desembargadores estaduais em sede de apelação, tendo em vista que o processo encontra-se concluso, inclusive com contrarrazões favoráveis ao recurso defensivo. Ora, tendo em vista a natureza do recurso de apelação, irrisignação com amplo efeito devolutivo e com o condão de rever com profundidade as provas dos autos, melhor solução é aguardar o julgamento daquele recurso na origem, oportunidade em que o paciente poderá debater com toda amplitude suas teses defensivas. Diferentemente ocorre com o *habeas corpus*, no qual desconstituir o juízo valorativo de uma prova torna-se inviável, por exigir um exame de fatos e provas incompatível com seu rito célere e de cognição sumária.

4. Quanto ao pedido de absolvição por erro de tipo, o Tribunal impetrado nada mencionou sobre o assunto, impedindo esta Corte de apreciar diretamente a questão, sob pena de supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de junho de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.416 - SP (2017/0166234-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : HEITOR ALVES E OUTRO
ADVOGADOS : LETICIA PITOLI - SP391651
HEITOR ALVES - SP0206101
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E A R (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de E. A. R. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2119026-65.2017.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado e preso preventivamente pela suposta prática do crime previsto no art. 217-A (estupro de vulnerável). A defesa impetrou *mandamus* originário, na Corte estadual, alegando indeferimento imotivado de provas, dentre elas oitiva de testemunha e renovação de avaliação psicológica da vítima com a presença de assistente técnico defensivo (e-STJ fls. 15/16). A liminar, contudo, foi indeferida.

Impetrado *habeas corpus* nesta corte, a liminar foi indeferida, por força da súmula 691/STF (e-STJ fls. 346/351).

No aditamento à inicial deste *writ*, a defesa alega que em 7/8/2017 sobreveio julgamento de mérito nos autos do HC n. 2119026-65.2017.8.26.0000, restando a ordem denegada pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 391), com base na seguinte ementa (e-STJ fl. 424):

HABEAS CORPUS - PLEITO DEFENSIVO PARA QUE SEJA "RECONHECIDA A NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA, SEJA DEFERIDA A PRODUÇÃO DE TODAS AS PROVAS QUE DEFESA PRETENDE PRODUZIR, ELENCADAS NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO, SEJA INTIMADA A TESTEMUNHA JOÃO (...) PARA QUE SEU DEPOIMENTO SEJA COLHIDO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E, POR FIM, SEJA REALIZADA NOVAMENTE A PERÍCIA INDICADA À FL. 152, EIS QUE A DEFESA FORA INTIMADA DO ATO EM DATA EXTEMPORÂNEA" (FL. 15). IMPETRAÇÃO QUE APONTA A PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A, CAPUT, C.C. OS ARTS 226,1 E 29, CAPUT, DO CP. CASO EM QUE NÃO VINGA O ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA, NA MEDIDA EM QUE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O ATO ATACADO ESTÁ INCLUÍDO NA ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE REGRADA DA JULGADORA.

Ordem denegada.

Na inicial e no aditamento, a defesa alega que há nulidade na ação penal consubstanciada no indeferimento genérico quanto às provas requeridas pela defesa por ocasião do oferecimento de resposta à acusação, sendo a perícia no celular da vítima para fins de constatação do conteúdo das conversas realizadas via *whatsapp* e facebook e a quebra do sigilo telefônico entre 13/2/2017 e 20/2/2017 imprescindíveis para fins de se aferir que a vítima mentira sobre sua idade, induzindo os agentes em erro (e-STJ fls. 8/10 e 394).

Pondera que a indicação de testemunha dentro do número legal não pode ser indeferida pelo Magistrado sob o argumento de sua desnecessidade, por se tratar de direito subjetivo, sublinhando que a ouvida da testemunha João Pinheiro Neto é importante (e-STJ fls. 10 e 394).

Defende que há nulidade quanto à avaliação psicológica da vítima pelo IMESC porque a despeito do deferimento pelo Juízo de primeiro grau quanto à indicação de assistente técnico para acompanhamento do ato, os defensores foram intimados uma semana após a efetivação da avaliação, o que demonstra o cerceamento de defesa, já que o réu fora impedido de apresentar quesitos que auxiliariam na elaboração da perícia (e-STJ fls. 8, 13 e 395).

Requer, liminarmente, que seja determinada a suspensão do procedimento criminal até final julgamento deste *mandamus*, colocando-se o réu em liberdade. No mérito, pleiteia a declaração de nulidade da avaliação psicológica da vítima e que sejam deferidas as provas requeridas pela defesa.

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 356/382, 413/433 444/486), nas quais consta que o paciente foi condenado, no dia 13/10/2017, juntamente com o correú, à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 217-A, c/c art. 226, I e art. 29, todos do Código Penal (e-STJ fl. 485).

O órgão ministerial apresentou parecer pela denegação da ordem, com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguinte ementa (e-STJ fl. 488):

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. NULIDADE DECORRENTE DA INTIMAÇÃO TARDIA DA DEFESA PARA INDICAR O NOME DE ASSISTENTE TÉCNICO PARA ACOMPANHAR A PERÍCIA PSICOLÓGICA REALIZADA NA VÍTIMA - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO - NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INDEFERIMENTO DE PROVAS - DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ NATURAL DO PROCESSO - PRECEDENTES. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Os impetrantes apresentam pedido de reconsideração, repetindo os argumentos anteriores e acrescentando que o *Parquet* estadual concordou com as teses defensivas do recurso de apelação, em suas contrarrazões - cerceamento de defesa e absolvição por erro essencial sobre elementos do tipo penal. Ressalta, por fim, que o paciente é primário, de bons antecedentes, com residência e trabalho fixos. Diante desse novo panorama, renova o pedido liminar para que ele aguarde em liberdade o julgamento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 503 e 504). Em segundo pedido de reconsideração, os impetrantes trazem as contrarrazões do Ministério Público (e-STJ fls. 521/534).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.416 - SP (2017/0166234-4)

VOTO

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

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

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

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

Busca-se, em síntese, no presente *habeas corpus*, a nulidade absoluta do feito, diante do imotivado indeferimento das seguintes provas: perícia no celular da vítima, quebra do seu sigilo telefônico e telemático, oitiva da testemunha arrolada João e realização de nova avaliação psicológica da vítima, com a presença de assistente técnico defensivo.

Veja-se como procedeu o Juiz ao indeferir as provas requeridas pela defesa (e-STJ fl. 4/5):

***Com relação aos pedidos da defesa do corréu Edno, f. 200/203:
Itens "1 a 3 e 5" - indefiro porquanto impertinentes e protelatórios***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao deslinde da demanda.

Defiro o a habilitação de assistente técnico devendo a defesa indicar o nome do profissional, no prazo de 05 dias, sob pena de preclusão, observando-se que há perícia agendada para o dia 12/06/2017 às 15 horas (f. 206). Defiro o quanto requerido no item "6". Oficie-se. **Indefiro, todavia, a oitiva da autoridade policial Dr. João Pinheiro Neto** porquanto sua participação nas diligências consta no expediente em fase policial, constante dos autos. Eventuais testemunhas referidas poderão ser ouvidas como testemunhas do Juízo, se assim entender.

Por sua vez, assim pronunciou a instância de origem (e-STJ fls. 429/431):

*Pois bem, na esteira da acertada manifestação da douta Procuradoria de Justiça, as fls. 313/315, não assiste razão aos impetrantes, isso porque **incumbe a Magistrada avaliar a pertinência e oportunidade de adoção de medidas preparatórias à produção das provas protestadas pelas partes, pois se trata de ato incluído na esfera de sua discricionariedade, podendo ser por ela indeferido quando julgá-las protelatórias ou desnecessárias, já que no nosso sistema processual vige o princípio da livre apreciação das provas**, esculpido no art. 157, do CPP.*

[...] Demais, quando do indeferimento, consignou a Magistrada que "Com relação aos pedidos da defesa do correu Edno, f. 200/203: Itens '1 a 3 e 5' indefiro porquanto impertinentes e protelatórios ao deslinde da demanda. Defiro o a habilitação de assistente técnico devendo a defesa indicar o nome do profissional, no prazo de 05 dias, sob pena de preclusão, observando-se que há perícia agendada para o dia 12/06/2017 às 15 horas (f. 206). Defiro o quanto requerido no item '6'. Oficie-se. Indefiro, todavia, a oitiva da autoridade policial Dr. João (...) porquanto sua participação nas diligências consta no expediente em fase policial, constante dos autos. Eventuais testemunhas referidas poderão ser ouvidas como testemunhas do Juízo, se assim entender" (fl. 17), estando, portanto, bem fundamentado o ato hostilizado.

De se acrescentar, ainda, conforme entendimento ofertado pela douta e zelosa Procuradora de Justiça, as fls. 314/315, que "A conduta da ofendida e de seus familiares não estão em questão e, por isso, desnecessária a quebra de seu sigilo telemático, bem como a obtenção de informações existentes no Conselho Tutelar.

A oitiva do delegado de polícia que presidiu o inquérito policial - e não do investigador que participou das diligências, - à primeira vista, realmente parece desnecessária. De qualquer forma, na decisão, ficou aberta a possibilidade, acaso a ele haja referência na audiência designada para 23 de agosto, de sua oitiva como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunha do Juízo.

Por fim, no que se refere ao acompanhamento da perícia, igualmente não verificado o constrangimento, na medida em que o assistente técnico pode apresentar seu parecer, mesmo sem ter acompanhado a perícia oficial"

Pelas transcrições acima, observa-se que o Juiz singular valeu-se do poder de discricionariedade, obedecendo ao princípio processual da livre apreciação das provas, para afastar o suposto constrangimento ilegal apontado pela defesa.

No entanto, as questões apresentadas na presente impetração também serão avaliadas pelos Desembargadores estaduais em sede de apelação, tendo em vista que o processo encontra-se concluso, inclusive com contrarrazões favoráveis ao recurso defensivo.

Ora, tendo em vista a natureza do recurso de apelação, irresignação com amplo efeito devolutivo e com o condão de rever com profundidade as provas dos autos, melhor solução é aguardar o julgamento daquele recurso na origem, oportunidade em que o paciente poderá debater com toda amplitude suas teses defensivas. Diferentemente ocorre com o *habeas corpus*, no qual desconstituir o juízo valorativo de uma prova torna-se inviável, por exigir um exame de fatos e provas incompatível com seu rito célere e de cognição sumária.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, ROUBO MAJORADO (POR QUATRO VEZES), TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. AUSÊNCIA DE PROVA PARA CONDENAÇÃO DO PACIENTE JHONATAS NOS DELITOS DE ROUBO E DE TODOS OS PACIENTES NO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONFIGURADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO DA REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A condenação de JHONATAS pelos delitos de roubo e de todos os pacientes pelo crime de associação criminosa encontra-se bem fundamentada nas provas obtidas na instrução criminal, que foram reafirmadas pelo eg. Tribunal de origem em sede de recurso de apelação. Rever tal entendimento, como pretende a defesa, demandaria, necessariamente, cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus, conforme jurisprudência desta Corte Superior.

*III - O fato do eg. Tribunal a quo ter se valido de fundamentos diversos para confirmar a r. sentença condenatória não implica ofensa ao princípio da non reformatio in pejus, porquanto não houve agravamento na situação dos condenados. **A ampla devolutividade do recurso de apelação autoriza ao juízo ad quem a cognição de toda matéria decidida em primeira instância, na extensão do tantum devolutum quantum appellatum, sem que se restrinja aos mesmos fundamentos ou motivos da sentença.***

IV - Os requisitos previstos na causa de diminuição de pena no delito de tráfico de drogas (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da causa de diminuição de pena.

V - Na hipótese, a causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada de maneira fundamentada pelas instâncias de origem, com remissão a elementos concretos do caso em exame que indicam a dedicação dos pacientes à atividades criminosas, de modo que a sua reforma não é possível nesta instância extraordinária, máxime na via estreita do habeas corpus.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 399.256/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. ANÁLISE DE PROVAS. NÃO CABIMENTO NA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Descabe a alegação de inocência em habeas corpus ou recurso ordinário em habeas corpus, uma vez que sua análise demanda profundo exame de provas.

3. Ademais, tendo havido sentença condenatória, não pode o writ - ou respectivo recurso ordinário -, remédio constitucional de rito célere e que não abarca a apreciação aprofundada de provas, reverter conclusão obtida pelo magistrado que conduziu a ação penal originária, com toda a conseqüente e ampla instrução criminal. Caso contrário, se estaria transmutando o habeas corpus em sucedâneo de apelação criminal.

4. Não há constrangimento ilegal na decretação da prisão preventiva em hipótese na qual a paciente é acusada de integrar organização criminosa, cuja atuação data de meados de 2010, que detinha de fazenda para ocultar as drogas, na qual foram apreendidos 104kg de maconha, cocaína de crack juntamente com utensílios de pesagem, preparo, bem como munições calibre .40.

5. A necessidade de manutenção do cárcere constitui, ainda, importante instrumento de que dispõe o Estado para desarticular organizações criminosas. "A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF, Primeira Turma, HC-95.024/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/2/2009).

6. A conveniência da segregação é reforçada pelo fato de que a paciente é apontada como esposa de um dos líderes do grupo, juntamente com o qual responderia por suposta prática do delito de homicídio, tendo sido apreendida com eles, no momento da prisão em flagrante, uma pistola .380 municada.

7. O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 317.109/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

HABEAS CORPUS. ARTS. 180, § 1.º; 311 (DUAS VEZES); E 288, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CÓDIGO PENAL, EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCURSO MATERIAL. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA RELATIVA AO CRIME DE QUADRILHA MAJORADO. INOCORRÊNCIA. ART. 110, DO CÓDIGO PENAL. DEFICIÊNCIA NA DEFESA. ALEGAÇÃO DESPROVIDA DE DEMONSTRAÇÃO DO CONCRETO PREJUÍZO. ART. 563, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU QUANTO AO RESULTADO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA. DEFENSOR CONSTITUÍDO REGULARMENTE INTIMADO. ATO PRESCINDÍVEL. NULIDADE NÃO VERIFICADA, NO PONTO. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HÁ ELEMENTOS DE AUTORIA. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE PROVAS. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o prazo para a prescrição executória regula-se pelo total de pena aplicada (art. 110, do Código Penal).

2. Na hipótese, o trânsito em julgado para ambas as partes ocorreu em 23/05/2006 - termo a quo para contagem do prazo prescricional. Assim, iniciado o cumprimento da pena em 15/03/2011, não resta a pretensão executória fulminada pelo instituto da prescrição.

3. Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal.

É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief.

4. Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal: "[n]o processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

5. Esta Corte tem entendido que, em segundo grau de jurisdição, a prerrogativa da intimação pessoal restringe-se ao Ministério Público e, se for o caso, ao Defensor Público ou Dativo. Na hipótese, porém, quando da realização da sessão de julgamento pelo Tribunal de Justiça, o Paciente havia constituído Patrocinador para a causa, razão pela qual a intimação realizada mediante publicação na imprensa oficial é legal.

6. Compete aos graus de jurisdição ordinária concluir sobre os elementos de autoria e materialidade delitiva, por serem as instâncias soberanas na avaliação sobre o acervo fático-probatório. Tal análise é imprópria na via do habeas corpus, remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(HC 238.100/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 06/08/2013, DJe 13/08/2013)

Cumpre assinalar, ainda, que quanto ao pedido de absolvição por erro de tipo formulado no pleito de reconsideração, verifico que o Tribunal impetrado nada mencionou sobre o assunto, impedindo esta Corte de apreciar diretamente a questão, sob pena de supressão de instância.

Quanto ao pleito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação, a 5ª Turma desta Corte Superior examinou os requisitos e a necessidade da prisão preventiva no HC-397.440/SP (feito de minha relatoria, DJe de 24/8/2017). Eis a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONCURSO DE AGENTES. ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DA CONDUTA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

3. No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado no risco à ordem pública, em razão da especial repugnância do delito sexual, praticado, em tese, em concurso de agentes, de maneira tal que a vítima, embora não agredida ou ameaçada, sentiu-se inibida a se recusar a submeter-se à vontade dos agentes.

4. Hipótese na qual o corréu, que havia em ocasião anterior "ficado" com a vítima, de 13 anos de idade, marcou com ela novo encontro, sugerindo que tivessem uma relação a três. Embora a vítima tivesse negado, aceitando encontrar-se apenas com o corréu, este compareceu ao local juntamente com o paciente, tendo ambos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levado a vítima a um motel, onde a forçaram a praticar conjunção carnal e atos libidinosos com ambos.

5. Presume-se a violência nos casos de estupro de vulneráveis exatamente em razão da situação de maior fragilidade das vítimas, decorrente de sua personalidade ainda em formação e que não possui, portanto, firmeza suficiente para resistir de forma eficaz à imposição exercida por um adulto, ainda que não revestida de violência real ou ameaça explícita.

6. Tal circunstância fica evidente pelas palavras da vítima, que, embora não desejasse praticar os atos sexuais, permaneceu receosa com a possível reação deles, caso negasse a prática de relações sexuais, receio, aliás, compreensível para uma criança de 13 anos, sozinha com o paciente, que tem 54 anos de idade, e o corréu, de 34.

7. O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la.

8. Ordem não conhecida.

Há de se observar, por fim, que posteriormente ao julgamento do recurso de apelação, em caso de não aceitação das teses defensivas aqui apresentadas, o paciente poderá interpor o recurso especial.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0166234-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 407.416 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0008646420178260318 15617 21119026652017826000 8646420178260318

EM MESA

JULGADO: 21/06/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: HEITOR ALVES E OUTRO
ADVOGADOS	: LETICIA PITOLI - SP391651 HEITOR ALVES - SP0206101
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: E A R (PRESO)
CORRÉU	: D C

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.