HABEAS CORPUS Nº 494.223 - SP (2019/0047887-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	ENDERSON BLANCO DE SOUZA E OUTRO
ADVOGADOS	:	ZARRIR ABEDE - SP021917
		ENDERSON BLANCO DE SOUZA - SP178418
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	L A M (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de L A M, apontando como autoridade coatora a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC 2262891-15.2018.8.26.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi preso em flagrante e denunciado como incurso no artigo 217-A, combinado com o artigo 226, inciso II, ambos do Código Penal, tendo a custódia sido convertida em preventiva.

Buscando a anulação da decisão que afastou a absolvição sumária do acusado, bem como a revogação de sua segregação antecipada, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustentam os impetrantes que o magistrado singular não teria examinado as teses defensivas suscitadas em resposta à acusação, em ofensa ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Alegam que não estariam presentes os requisitos necessários para o encarceramento antecipado do réu.

Argumentam que a medida extrema estaria baseada na gravidade abstrata do delito imputado ao paciente, inexistindo provas concretas de que poderá interferir na instrução processual.

Salientam que o acusado é primário, de bons antecedentes, com residência fixa e ocupação lícita, predicados que lhe permitiriam responder à ação penal em liberdade.

Consideram que a prisão preventiva poderia ser substituída por medidas cautelares diversas.

Requerem, liminarmente, a suspensão da audiência de instrução designada para o dia 9.5.2019 e a imediata colocação do paciente em liberdade e, no mérito, pugnam pela concessão da ordem para que a decisão que recebeu a denúncia e a que afastou a possibilidade de absolvição sumária sejam anuladas, permitindo-se que responda ao processo solto.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Ainda que superado o referido óbice, verifica-se que a alegada nulidade da decisão que analisou a resposta à acusação apresentada pela defesa não foi apreciada pela autoridade impetrada no acórdão impugnado, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação

jurisdicional em indevida supressão de instância.

A propósito:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...) PRINCÍPIO DA BAGATELA. ATIPICIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONFIGURADO. SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *(...)*
> ***X - No que toca à incidência do princípio da bagatela, bem assim à atipicidade da conduta por ausência do elemento subjetivo do tipo, verifico que tais questões não foram apreciadas na instância de origem, "por demandar aprofundamento e análise da prova", ficando impedida esta Corte de proceder à respectiva análise, sob pena de indevida supressão de instância.***
> *Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no RHC 93.603/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 10/09/2018)*
>
> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME PREVISTO NO ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.666/93. ORDEM NÃO CONHECIDA NA ORIGEM. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, ATIPICIDADE DA CONDUTA E AUSÊNCIA DE BENEFÍCIO ECONÔMICO AO RECORRENTE COM A DISPENSA DE LICITAÇÃO. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*
> ***1. "'Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte' (RHC n. 81.284/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 30/8/2017)" (AgRg no RHC 97.041/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 23/05/2018)***
> *Recurso ordinário em habeas corpus conhecido e desprovido.*
> *(RHC 67.144/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 24/08/2018)*

Ademais, a reforçar a inexistência de flagrante ilegalidade passível de ser sanada na via eleita, cumpre registrar que esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda.

Nesse sentido:

> *PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE POLUIÇÃO. DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO EXAURIENTE. (...) RECURSO NÃO PROVIDO.*

(...)

3. A decisão que recebe a denúncia (CPP, art. 396) e aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (CPP, art. 397) não demandam motivação profunda ou exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser proferido após o desfecho da instrução criminal, com a devida observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório.

4. No caso em exame, o recorrente e sua empresa foram denunciados por terem causado poluição, em níveis tais, que possam resultar danos à saúde humana, ao lançarem resíduos gasosos, em descordo com as exigências estabelecidas em leis e regulamentos. A denúncia foi inicialmente recebida por não estarem presentes os motivos previstos no artigo 395 do CPP, oportunidade em que foi determinada a citação do acusado. Após a apresentação da defesa preliminar, foi proferida decisão mantendo o recebimento da denúncia, inexistindo qualquer vício de fundamentação que, apesar de sucinta, afasta a hipótese de absolvição sumária e ratifica a existência de materialidade e autoria delitiva, além de afirmar que as questões trazidas na resposta à acusação confundem com o próprio mérito, razão pela qual devem ser debatidas após a instrução criminal.

5. Hipótese em que, de forma sucinta, porém suficientemente fundamentada, foi afastada a absolvição sumária, apontando a existência de provas nos autos acerca da materialidade e indícios de autoria em desfavor do acusado, bem como que as questões trazidas na resposta à acusação confundem com o próprio mérito, razão pela qual devem ser debatidas após a instrução criminal.

(...)

9. Recurso não provido.

(RHC 97.929/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. NULIDADE DA DECISÃO QUE REJEITOU A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO CONFIGURADA. TESES DE MÉRITO QUE NECESSITAM DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A decisão de recebimento da denúncia constitui mero juízo de admissibilidade e possui natureza interlocutória. Nesta fase inicial o juiz fica impedido de incursionar no mérito da causa, sob pena de se antecipar ao julgamento e, por conseguinte, provocar uma nulidade insanável.

2. Não era mesmo de se analisar as teses apresentadas na defesa prévia - ilicitude da interceptação telefônica e do desmembramento do processo -, porquanto configuram preliminares de mérito e não de absolvição sumária.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não é imprescindível que o recebimento da denúncia ou a decisão que rejeita o pedido de absolvição sumária se revista de fundamentação exauriente, porém deve ser fundamentada, ainda que de forma concisa, apreciando, quando apresentadas na resposta à acusação, teses relevantes e urgentes, e, se não for o caso, ao menos referindo os pontos

> ***aventados pela defesa para, então, fundamentar a necessidade de dilação probatória na análise, o que efetivamente ocorreu no presente caso. Precedentes.***
> *4. Agravo regimental improvido.*
> *(AgRg no HC 435.679/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018)*

No que se refere à almejada concessão de liberdade ao paciente, extrai-se da denúncia que o paciente, que é professor da vítima, de nacionalidade japonesa e menor de 11 (onze) anos de idade, levou-a, juntamente com outros alunos, ao parque aquático Wet'nWild (e-STJ fl. 47).

Em determinado momento, o ofendido se aproximou do acusado, que mostrou a ele um buraco no short que usava e passou a conversar com ele em seu idioma (e-STJ fl. 47).

Em seguida, a criança colocou o dedo no buraco do short do réu e passou a acariciar o seu peito (e-STJ fl. 48).

Ato contínuo, o paciente permitiu que o aluno passasse a manipular o seu pênis e a masturbá-lo, praticando, com ele, ato libidinoso diverso da conjunção carnal (e-STJ fl. 48).

Os fatos foram presenciados por diversas pessoas, tendo algumas delas acionado um salva-vidas, que, por sua vez, chamou a polícia, que efetivou a prisão em flagrante do acusado aos **20.10.2018** (e-STJ fls. 23/43).

No dia **21.10.2018**, em audiência de custódia a segregação foi convertida em preventiva porque "*o caso em questão reveste-se de gravidade concreta, eis que se trata, em tese, de estupro de duas crianças, praticado pelo professor delas e presenciado por mais de uma testemunha*", havendo "*notícia nos autos de que não foi a primeira vez que as crianças tocaram a genitália do professor*" (e-STJ fl. 45).

A magistrada acrescentou que a medida extrema é necessária "*para que seja evitada a reiteração da conduta criminosa, que, como já dito, reveste-se de gravidade concreta*", concluindo que "*a prisão preventiva é imperiosa para a garantia da ordem pública*" (e-STJ fl. 45).

No dia **4.12.2018**, o togado responsável pelo feito indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva sob o argumento de que, "*a princípio, há depoimentos convergentes de testemunhas presenciais que confirmam que o réu praticou atos libidonosos com a criança D.K. (com 11 anos de idade) e que denotam atitudes impróprias do réu no desempenho da profissão de professor*" (e-STJ fl. 67).

Destacou que "*o próprio réu (...) em seu interrogatório admite que foi tocado pela criança no ombro e em seu pênis por cerca de 40s (quarenta segundos), e que, conversavam sobre sexo, o que é muito suspeito*" (e-STJ fl. 67).

Reputou necessária a manutenção da medida "*até o esclarecimento do fato ante o risco que a liberdade do réu representa para outros alunos/crianças dos quais é professor (ordem pública)*" (e-STJ fl. 67).

Frisou que "*chama a atenção do juízo a quantidade de preservativos e lubrificantes sexuais encontrados com o réu durante pueril excursão escolar - 19 preservativos e 3 lubrificantes - número de itens apreendidos condizente com a quantidade de crianças levadas ao parque temático Wet'nWild pelo réu (...) (cerca de 10 crianças), o que pode indicar a intenção de manter conjunção carnal com os infantes*" (e-STJ fl. 68).

Por sua vez, a Corte Estadual manteve a custódia cautelar, uma vez que

"*está sendo imputada ao paciente a prática de estupro de vulnerável, que é de extrema gravidade, por si só, mas também há que se ter em conta que a vítima é aluno do acusado o que torna ainda mais perigoso o seu retorno ao meio social, visto que poderão novas investidas do acusado ou sofrer alguma intimidação acarretando prejuízo para a perfeita colheita da prova*" (e-STJ fl. 125).

Assentou ser "*evidente que emerge necessária a manutenção da medida excepcional, visto que somente ela pode evitar que outros menores sejam eventualmente molestados pelo paciente*" (e-STJ fl. 125).

Asseverou que "*a natureza e a gravidade do delito atribuído ao paciente, delito hediondo, é conduta que deve ser prontamente reprimida com maior rigor, sobretudo, porque o paciente - um professor - teria supostamente abusado da vítima - um de seus alunos - o que agrega maior reprovabilidade à sua conduta*" (e-STJ fl. 126).

Feitos tais esclarecimentos, constata-se que a custódia cautelar do acusado encontra-se devidamente justificada e se mostra necessária especialmente para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito de estupro de vulnerável supostamente cometido, pois, ao que consta, durante um passeio realizado com seus alunos em um parque aquático, praticou com um deles ato libidinoso diverso da conjunção carnal, fato presenciado por testemunhas que acionaram o salva-vidas do estabelecimento, que, por sua vez, chamou a polícia.

Tem-se, ainda, que o réu é professor, tendo contato diário com crianças e adolescentes, inclusive com a vítima e com os demais menores que se encontravam no passeio, o que reforça a necessidade de sua segregação, tanto para evitar a reiteração delitiva, quanto por conveniência da instrução criminal, impedindo que interfira nos depoimentos a serem prestados

Assim, diante do *modus operandi* atribuído ao réu, mostra-se evidente o alto grau de ousadia a justificar a medida constritiva, o que torna imprescindível a sua manutenção para o fim de se acautelar a ordem pública, haja vista a periculosidade do agente, revelada pela gravidade concreta do crime em tese praticado e pela possibilidade de que outras crianças ou adolescentes possam ser alvo de suas investidas, bem como para preservar a instrução processual, já que pode induzir, estimular ou coagir a vítima e a testemunha a dissimularem ou a calarem a verdade sobre os fatos.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RÉU CONDENADO. REGIME FECHADO. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *1. 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.*
> *2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem*

> *pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.*
> ***3. A prisão preventiva está adequadamente motivada em elementos concretos extraídos dos autos, diante do modus operandi da conduta, indicando a periculosidade do paciente, monitor da escola onde as vítimas, de 3 e 6 anos de idade, estudavam à época dos fatos.***
> ***Segundo consta do decreto prisional, o agente teria praticado atos diversos da conjunção carnal contra as crianças, obrigando-as, ainda, a guardar segredo, sob ameaça de agressão.***
> *4. A liberdade no curso da instrução processual não impede a decretação da prisão preventiva na sentença condenatória, quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP.*
> *5. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 374.326/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 14/06/2017)*
>
> *PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NEGADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.*
> ***1. Apresentada fundamentação concreta para a manutenção da prisão preventiva, evidenciada na periculosidade do agente, que se valeu de sua profissão em instituição de ensino para praticar o delito de estupro de vulnerável, não há que se falar em ilegalidade a justificar o provimento do recurso.***
> *2. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.*
> *(RHC 48.588/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015)*

Ademais, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos hábeis, de ordem objetiva ou subjetiva, que autorizam a manutenção da medida extrema, como ocorre *in casu.*

Finalmente, tendo as instâncias ordinárias concluído pela imprescindibilidade da prisão preventiva, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal a bem da ordem pública, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para reprimir a atividade ilícita desenvolvida pelo paciente.

Dessa forma, evidenciados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **indefere-se liminarmente** o presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator