

**PROCESSUAL PENAL - RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* - ART. 213, *CAPUT*, *C/C*
O ART. 225, § 1º, I, E § 2º, AMBOS DO CP - PRISÃO EM FLAGRANTE - FLAGRANTE
IMPRÓPRIO OU QUASE-FLAGRANTE - REPRESENTAÇÃO - CRIME HEDIONDO - PEDIDO DE
LIBERDADE PROVISÓRIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO**

- I - Não há que se falar em irregularidade da prisão em flagrante, se o paciente foi perseguido, logo após a prática de eventual delito de estupro, sendo preso em situação que o fez presumir como o possível autor da infração. É o que se chama de flagrante impróprio ou quase-flagrante (art. 302, III, CPP) (precedentes).
- II - Em se tratando de crime de ação penal pública condicionada, a representação, como condição de procedibilidade, não possui forma sacramental, prescindindo, assim, de maiores formalidades, bastando a manifestação inequívoca da vontade da vítima ou seu representante para que se apure a responsabilidade criminal do agente (precedentes do STF e do STJ).
- III - Consoante a mais recente orientação jurisprudencial, constitui-se o crime de estupro, ainda que perpetrado em sua forma simples e com violência presumida, em crime hediondo, submetendo-se o condenado por tal delito ao cumprimento de pena sob o regime integralmente fechado, a teor do disposto na Lei nº 8.072/90 (precedentes do STF e do STJ).
- IV - Com a ressalva do entendimento pessoal do Relator, prevalece na Quinta Turma desta Corte que o indeferimento do pedido de liberdade feito em favor de quem foi detido em flagrante deve ser, em regra, concretamente fundamentado. A qualificação do crime como hediondo não dispensa a exigência de fundamentação concreta para a denegação da liberdade provisória (precedentes).

- Recurso parcialmente provido, para conceder a liberdade provisória ao paciente, com a consequente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 15.449 - SP - Relator: Ministro FELIX FISCHER

Recorrente: Cleber dos Santos da Silva.
Advogado: Marcelo Tadeu do Nascimento.
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Cleber dos Santos da Silva (preso).

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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 1º de abril de 2004 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer - Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto em benefício de Cleber dos Santos da Silva, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, à unanimidade, denegou o *writ*.

Eis o bosquejo dos fatos, consoante parecer ministerial de fls. 165/175, *in verbis*:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Marcelo Tadeu do Nascimento, em favor de Cleber dos Santos da Silva, se insurgindo contra v. acórdão da Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem de *habeas corpus* originária no tocante às nulidades apontadas pelo paciente. Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nos artigos 213, c/c art. 225, § 1, 1, e § 2, todos do Código Penal, por ter supostamente constrangido Miralva de Jesus Oliveira à conjunção carnal, mediante violência física.

O paciente requereu o relaxamento da prisão em flagrante e concessão de liberdade provisória, os quais foram indeferidos.

Afirma o *writ* inexistência do flagrante impróprio previsto no art. 302, inciso III, do Código de Processo Penal, uma vez que 'não haviam elementos do crime; a vítima não tinha nenhum arranhão; o autor da infração não havia sofrido perseguição; o marido não tinha certeza da autoria ou do fato e somente há no flagrante a versão dúbia da vítima que disse ao marido que o indiciado havia tentado e não consumado o crime' (fl. 06).

Aduz, o impetrante, que o paciente está sofrendo patente constrangimento ilegal porque a sua prisão cautelar deveria ter sido relaxada, tendo em vista que até a protocolização do pedido não havia representação da vítima, a qual foi juntada 08 (oito) dias após a sua prisão.

Alega, ainda, que não estão presentes os requisitos do artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, que autorizam a prisão preventiva. Aponta, a impetração, que o paciente é tecnicamente primário, possui trabalho e endereço fixo.

Por fim, aduz que 'em casos como os dos autos, considerando a ausência de lesão corporal grave, morte e grave ameaça (cf. laudo médico), a jurisprudência tem descaracterizado a hediondez da conduta, permitindo assim a concessão aos termos do processo em liberdade' (fl. 08).

Deste modo, a impetração requer a concessão de liminar para o fim de ver revogada a prisão cautelar do paciente, rogando, ao final, pela concessão da ordem definitiva.

A liminar foi indeferida à fl. 71.

Solicitadas as informações, estas vieram e trouxeram a documentação pertinente para o deslinde da matéria, aduzindo que:

'Consta que, logo após a consumação do delito, estando a vítima debatendo-se e gritando, empurrou o réu de sua cama, ocasião em que este se evadiu do local.

Logo em seguida teria retornado o companheiro da vítima, que, diante do relato desta, saiu em perseguição ao réu, pessoa conhecida de ambos. A vítima telefonou para a polícia, e o acusado foi detido e preso em flagrante ainda nas proximidades do local do crime, em um bar.

Antes de ser concluído e encaminhado a este juízo o inquérito policial, o réu formulou pedido

de relaxamento de flagrante e de liberdade provisória, apresentando cópia dos autos do inquérito. Os pedidos foram indeferidos, conforme decisão que segue por cópia.

Questiona o acusado a regularidade do flagrante, o que foi afastado por este Juízo, por entender presentes os requisitos necessários à prisão efetuada, diante das circunstâncias anteriormente narradas, já que a própria vítima e seu marido saíram no encaço do réu, tendo a primeira comunicado o fato à polícia, que, em seguida, pouco tempo após a ocorrência do delito, já efetuou a prisão.

Alegava, ainda, o acusado ocorrência de constrangimento ilegal, por inexistência de prévia representação da vítima.

A formalização da representação e da declaração de pobreza acompanhou o inquérito policial. Ademais considerando que foi a própria vítima que chamou a polícia ao local em que o réu foi por ela e pelo companheiro abordado, e tendo ela comunicado a ocorrência do estupro, evidente o intuito de ver o réu preso e sujeito à perseguição penal.

A exigência de representação em caso como o dos autos não é mera formalidade. Trata-se tão-somente de decorrência da faculdade que se dá às vítimas de delitos dessa natureza, de comunicar ou não o fato às autoridades ou, ainda que o fato seja levado de outra forma ao conhecimento dessas autoridades, de manifestar o seu interesse ou de que haja processo, já que isso certamente acarreta constrangimento ainda maior para a própria vítima e para a sua família.

Ora, se a própria vítima saiu de sua casa, no interior da qual teria supostamente ocorrido o crime sexual, e de lá buscou localizar o réu, em seguida comunicou o fato à polícia, evidente que nesse momento já exercia a sua faculdade de levar a cabo a perseguição penal.

Não bastasse isso, veio aos autos a formalização da representação, junto com a declaração de pobreza.

Os fatos ainda estão sendo apurados, sendo certo que, por ora, há apenas a palavra da vítima contra a do réu' (fls. 87/88 dos autos). Parecer da Procuradoria de Justiça manifestando-se pela denegação da ordem.

O Tribunal *a quo* denegou a ordem, repelindo as nulidades aventadas pelo impetrante.

Desta decisão, foi interposto o presente recurso ordinário em *habeas corpus*, reiterando os mesmos argumentos já expostos na ordem originária' (fls. 165/168).

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou contra-razões às fls. 158/159.

Admitido na origem, ascenderam os autos a esta Corte (fl. 161).

O Ministério Público Federal, às fls. 165/175, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso em parecer assim ementado:

Recurso ordinário em *habeas corpus* - Nulidade de prisão em flagrante - Flagrante impróprio - Irregularidade não demonstrada - Ausência de representação formal da vítima - Registro de ocorrência perante autoridade policial - Desnecessidade de rigor formal na representação - Ausência dos requisitos dos artigos 311 e 312 do CPP - Prisão em flagrante - Manutenção - Fundamentação - Inocorrência - Estupro - Ausência de lesão corporal grave ou morte - Descaracterização de hediondez - Impossibilidade - Provimento parcial do apelo.

1. Não há que se falar em irregularidade do flagrante, se, logo após a ocorrência delituosa, saiu-se no encaço do paciente, logrando êxito em encontrá-lo.
2. A representação do ofendido, como questão de procedibilidade, prescinde de rigor formal, bastando apenas a demonstração inequívoca quanto à intenção de responsabilizar criminalmente o autor do fato.
3. A Constituição Federal, em seu art. 93, IX, exige a motivação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade.
4. A mera referência ao caráter hediondo do crime em tese praticado, por si só, não justifica a manutenção da prisão, que exige sejam atendidos os pressupostos inscritos no CPP, art. 312.
5. O estupro, tanto na forma simples como na qualificada é crime considerado hediondo, independente da ocorrência ou não de lesão corporal grave ou morte.

Parecer pelo provimento parcial do apelo (fl. 165).

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer - A *quaestio* cinge-se a quatro aspectos, a saber:

- 1) não-caracterização do estado de flagrância (ausência do flagrante impróprio), o que ensejaria o relaxamento da prisão em flagrante;

2) ausência de representação oportuna da vítima, condição necessária para o início da *persecutio criminis*;

3) o crime não seria hediondo, pois dele não decorreu lesão corporal grave nem a morte da vítima; e

4) a presença dos requisitos necessários à concessão de liberdade provisória.

Quanto à primeira alegação, tenho que a irresignação não prospera.

As hipóteses de flagrância estão expressamente previstas em lei, mais precisamente no art. 302 do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Ora, a hipótese dos autos é a do inciso III do art. 302 do CPP, nominada de flagrante impróprio ou quase-flagrante. Veja-se que na espécie, conforme narra a exordial acusatória, às fls. 123/124, o paciente adentrou na residência da vítima e, aproveitando-se do fato de esta estar impedida de locomover-se, em razão de recente intervenção cirúrgica no joelho, agrediu-a e tirou sua roupa mantendo com ela, em seguida, conjunção carnal. Após, o paciente evadir-se do local, o marido da vítima chegou a casa e, diante dos relatos de sua esposa, saiu à procura daquele, encontrando-o em um bar nas proximidades. Nesse meio tempo, a vítima ligou para a Polícia informando o ocorrido. Esta chegou ao local e prendeu o ora paciente quando discutia com o marido da vítima.

Dessarte, *in casu*, não há que se falar em irregularidade na prisão em flagrante, pois o ora paciente foi perseguido logo após a prática de eventual delito de estupro, sendo preso em situação que o fez presumir como o possível autor da infração.

Acerca da expressão *logo após*, vale transcrever o escólio de J. F. MIRABETE (*Processo Penal*, 14ª edição, Ed. Atlas, 2003, p. 372), *verbis*:

Deve-se entender que o 'logo após' do dispositivo é o tempo que corre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito da identificação do autor, que passa a ser imediatamente perseguido após essa rápida investigação procedida por policiais ou particulares.

É o caso dos autos. A vítima, logo após o possível crime de estupro, relatou os acontecimentos ao seu marido, que, em seguida, saiu à procura do paciente, logrando êxito em encontrá-lo em um bar próximo ao local dos fatos, onde se deu a prisão do presumido recalcitrante.

Vejam-se, oportunamente, os seguintes precedentes desta Corte:

Processo penal - Homicídio qualificado - Prisão em flagrante - Alegação de não-caracterização do estado flagrancial - Flagrante impróprio configurado - Recurso desprovido.

- Perseguido o paciente, logo após, pela autoridade competente, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração, caracterizado está o flagrante impróprio, nos termos do art. 302, inciso III, do Código de Processo Penal.

- Recurso desprovido (RHC 14.069/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 19.12.2003).

Processual penal - Estupro e atentado violento ao pudor simples - Crimes hediondos - Lei nº 8.072/90 - Liberdade provisória - Impossibilidade - Flagrante - Alegação de inocência - Inviabilidade de exame.

- A lei considera em flagrante delito quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer outra pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração (art. 302, II, do CPP). Essa é a hipótese vertente. A expressão 'logo após' não significa minutos depois, podendo ser tida com tempo razoável entre a ocorrência do fato criminoso e a perseguição ininterrupta do acusado.

- O estupro e o atentado violento ao pudor, tanto na forma simples como na qualificada, encontram-se arrolados como crimes hediondos, insuscetíveis de liberdade provisória. Precedentes.

- Primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não são suficientes para garantir eventual direito subjetivo à liberdade provisória.
- Por outro lado, a via do *habeas corpus* não comporta o exame de alegação genérica de inocência, por demandar profundo exame de provas.
- Recurso desprovido (RHC 12.576/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 18.11.2002).

Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão em flagrante. Flagrante impróprio ou quase-flagrante. Legalidade. Liberdade provisória. Descabimento. Constrangimento ilegal. Inexistência.

- À luz do preceito inscrito no art. 302, III, do Código de Processo Penal, reveste-se de legalidade a prisão em flagrante quando o agente é perseguido, logo após a notícia do crime, e é encontrado em situação que faça presumir ser o autor da infração.
- Configura-se o estado de quase-flagrante, susceptível de ordem de prisão prevista no art. 302 do CPP a situação em que o agente do crime de homicídio é preso pela Polícia, logo que souberam da prática do delito, portando em seu poder objetos indicativos do crime.
- A concessão da liberdade provisória ao preso em flagrante está condicionada à ausência de circunstâncias que autorizam a prisão preventiva (art. 320 do CPP), especialmente em se tratando de crime definido como hediondo, o que lhe é vedado por expressa previsão legal.
- Recurso ordinário desprovido (RHC 12.491/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 27.05.2002).

Habeas corpus substitutivo. Extorsão mediante seqüestro. Ordem originária não impetrada em relação a um dos ora pacientes. Não-conhecimento. Flagrante impróprio ou quase-flagrante. Auto de prisão em flagrante formal e materialmente correto. Falta de justa causa. Índícios mínimos de autoria. Prisão preventiva devidamente fundamentada na esteira do art. 312 do CPP. Crime hediondo.

- Tendo sido os pacientes procurados e perseguidos logo após a consumação do delito, descabe atacar o auto de prisão em flagrante, eis que configurada hipótese de flagrante impróprio ou quase-flagrante (art. 302, inciso III, do CPP).
- Existência nos autos de indícios mínimos de autoria, tendo sido os pacientes presos juntos, no mesmo veículo, logo após a prática delituosa,

tendo sido um deles expressamente reconhecido pelas vítimas.

- Prisão preventiva baseada não só na hediondez do delito, mas corroborada pela existência dos requisitos elencados no art. 312 do CPP - garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.
- Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada (HC 18.887/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 25.02.2002).

HC. Prisão em flagrante. Perseguição contínua.

- 1. A prisão, em localidade diversa daquela onde ocorreram os fatos, não desnatura o flagrante, desde que as circunstâncias indiquem perseguição contínua. Em se tratando de quase-flagrante (art. 302, III, CPP), não há que se exigir, como anota a doutrina, visibilidade do delito.
- 2. Ordem denegada (HC 8.014/GO, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 17.02.99).

Quanto à segunda alegação, *i.e.*, de que no caso em testilha não teria havido a oportuna representação da vítima, condição necessária ao início da *persecutio criminis*, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Pacífico o entendimento no sentido de que a representação, como condição de procedibilidade, prescinde de maiores formalidades, bastando que se manifeste de modo inequívoco a vontade da vítima ou seu representante para que se apure a responsabilidade criminal do agente.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Pretório Excelso:

Direito Penal e Processual Penal. Atentado violento ao pudor, praticado contra menores de 14 anos e mediante uso de arma (arts. 214 e 224, a, do Código Penal). Ação penal pública. Representação. Miserabilidade. Decadência. Laudo pericial. *Habeas corpus*. Alegações: 1) de falta de representação (art. 225, par. 2º, do CP); 2) de falta de prova de miserabilidade (art. 225, par. 1º, inciso I); 3) de decadência do direito de queixa ou representação (art. 103); 4) de fragilidade do conjunto probatório, apoiado em laudos periciais imprestáveis. Alegações repelidas. - 1. A representação a que se refere o art. 225, par. 2º, do Código Penal não depende de forma especial, bastando que o representante se dirija

à autoridade competente para noticiar o delito, pois é de se presumir que, com essa atitude, pretenda a adoção das providências cabíveis. - 2. A prova da miserabilidade (art. 225, par. 1º, inciso I) não se faz apenas mediante atestado assinado por autoridade, mas por qualquer meio em direito permitido, podendo resultar da notória condição econômica da vítima ou de seu representante. - 3. Não ocorre a decadência do direito de queixa ou representação, se, dentro do prazo previsto no art. 103 do Código Penal, o representante da vítima notícia o fato a autoridade competente para as devidas providências. - 4. Não é o laudo pericial imprescindível, para comprovação do crime de atentado violento ao pudor, podendo a demonstração ocorrer por outros meios. - 5. Baseando-se a condenação em todo o conjunto probatório, e não apenas em laudos periciais, torna-se irrelevante a alegação da imprestabilidade destes. *HC* indeferido (STF, *HC 72.376/SP*, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* de 09.06.95).

Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. Aspecto formal da representação. Continuidade delitiva. - I - Nos crimes contra a liberdade sexual, a representação não depende de rigores formalísticos, bastando a inequívoca manifestação de vontade, perante a autoridade, de ser apurada a responsabilidade penal do acusado. Precedentes do STF. - II - Inocorrência de *mutatio libelli* na instância revisional, por ter sido incluída agravante específica do concurso de pessoas. - III - Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que perpetrados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material, não se podendo falar em continuidade delitiva. *Habeas corpus* indeferido (STF, *HC 68.877/RJ*, 5ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* de 21.02.92).

E nesta Corte:

Habeas corpus. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Representação da ofendida ou de seu representante legal. Desnecessidade de rigor formal. Miserabilidade da vítima. Atestado de pobreza. Desnecessidade. - Em sede de crime de ação penal pública condicionada à representação, não se exige fórmula sacramental para a manifestação de vontade do ofendido no sentido de que se promova a responsabilização do autor do delito. Precedentes. - De outro lado, a miserabilidade da vítima ou de seus pais pode ser comprovada por simples

declaração verbal ou escrita, ou até pela notoriedade do fato, sendo prescindível o atestado de pobreza.

- Ordem denegada (*HC 29.630/RS*, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 22.03.2004).

Criminal. *HC*. Atentado violento ao pudor. Ausência de prova da pobreza das vítimas. Supressão de instância. Não-conhecimento. Representação efetuada pela tia das menores e ratificada por sua mãe. Validade. Desnecessidade de rigor formal. Manifestação de vontade das ofendidas que demonstrou o inequívoco interesse de ver apurada a responsabilidade penal do paciente. Decadência. Ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal. Inocorrência. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

- Não se conhece da alegação de ausência de prova da pobreza das vítimas, se o tema não foi objeto de debate e decisão por parte do Tribunal *a quo*, ante a indevida supressão de instância que restaria evidenciada.

- Hipótese que cuida de crime de atentado violento ao pudor, cometido contra menores, e em que a representação foi realizada pela tia das vítimas - à época dos fatos, por elas responsável - tendo sido a declaração ratificada pela mãe das crianças.

- Não há forma rígida para a representação, bastando a manifestação de vontade da ofendida para que fosse apurada a responsabilidade do paciente, em crime contra os costumes. Precedentes. Improcedência das alegações de decadência do direito de representação e ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal. Recurso parcialmente conhecido e desprovido (*RHC 14.250/MA*, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 25.02.2004).

Penal. Atentado violento ao pudor. Comprovação de miserabilidade. Notoriedade. Representação. Legitimidade *ad causam* do Ministério Público. Art. 59 do CP. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fundamentação da sentença suficiente. Exacerbação da pena-base. Possibilidade.

- 1. Admite-se a prova da miserabilidade por simples declaração verbal ou escrita, inclusive pela notoriedade do fato, sendo prescindível o atestado de pobreza.

- 2. Com efeito, a representação foi devidamente oferecida pela representante legal da vítima no bojo do seu depoimento (fl. 226/227), pois, em se tratando de crime de ação penal

pública condicionada, não se exige rigor formal na representação do ofendido ou de seu representante legal, bastando sua manifestação de vontade para que se promova a responsabilização do autor do delito.

- 3. A pena-base foi exasperada além do mínimo legal, em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. Ressalte-se a discricionariedade do magistrado ao realizar a dosimetria da pena, desde que apresente fundamentação suficiente, a ponto de demonstrar que tais circunstâncias ensejam uma maior reprovabilidade na conduta do agente.

- 4. Recurso conhecido e desprovido (REsp 223.584/SC, 5ª Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJU de 15.12.2003).

Recurso especial. Lesão corporal. Representação. Registro de ocorrência perante a autoridade policial. Validade. Conhecimento e provimento do apelo.

- O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o simples registro da ocorrência perante a autoridade policial equivale à representação para fins de instauração da instância penal.

- Recurso conhecido e provido (REsp 541.807/SC, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 09.12.2003).

Processo penal - Estupro - Sentença condenatória - Réu que permaneceu preso durante toda a instrução - Tentativa de fuga - Direito de apelar em liberdade - Impossibilidade - Representação - Desnecessidade de rigor formal - Progressão - Inviabilidade.

- Réu condenado pela prática de estupro que tentou evadir-se do distrito da culpa e permaneceu preso durante toda a instrução criminal não tem direito de apelar em liberdade.

- Esta Corte, em inúmeros julgados, tem entendido que a representação do ofendido, como condição de procedibilidade, prescinde de rigor formal. Basta que haja a demonstração inequívoca de sua intenção em ver os autores responsabilizados criminalmente.

- De outro lado, é inviável a progressão de regime prisional nos crimes hediondos.

- Recurso desprovido (RHC 14.700/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 1º.12.2003).

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Estupro presumido. Trancamento da ação penal por falta de justa causa. Ação penal pública condicionada. Representação. Desnecessidade de rigor formal. Miserabilidade da

vítima. Dispensabilidade do atestado de pobreza. Decadência do direito de representação. Inocorrência. Perdão do ofendido. Impossibilidade em ação penal pública.

- I - O trancamento de ação por falta de justa causa somente é viável desde que se comprove, inequivocamente, hipóteses, v.g., como a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

- II - Em se tratando de crime de ação penal pública condicionada, não se exige rigor formal na representação do ofendido ou de seu representante legal, bastando a sua manifestação de vontade para que se promova a responsabilização do autor do delito.

- III - É firme o entendimento segundo o qual o estado de miserabilidade da vítima ou de seu representante legal pode ser comprovado por simples declaração verbal e até por simples análise de sua condição de vida, sendo dispensável o atestado de pobreza.

- IV - Apenas se não exercido o direito de representação no prazo legal de 06 meses é que ocorre a extinção da punibilidade do agente pela decadência, o que não se verifica se o representante legal da vítima procura a autoridade policial antes do prazo fixado em lei.

- V - O perdão do ofendido, seja ele expresso ou tácito, só é causa de extinção da punibilidade nos crimes que se apuram exclusivamente por ação penal privada.

- Ordem denegada (HC 23.606/RS, 5ª Turma, DJU de 17.03.2003).

No caso em tela, a própria vítima comunicou à Polícia a ocorrência do fato, em tese, criminoso, demonstrando, assim, sua manifesta e inequívoca intenção de dar início à *persecutio criminis* para que, ao final, se promova a responsabilização criminal do autor do delito. É o que basta para a configuração da representação, já que esta, como dito alhures, prescinde de forma sacramental.

A terceira alegação do impetrante, qual seja, a de que o crime não seria hediondo, pois dele não decorreu lesão corporal grave nem a morte da vítima, também não prospera.

Segundo o entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal, o crime de estupro, ainda que cometido em sua forma simples e com violência presumida, será classificado como

hediondo, devendo a pena ser cumprida em regime integralmente fechado, a teor do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Observem-se alguns precedentes prolatados pelo Excelso Pretório que bem refletem essa orientação:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Crime hediondo. Regime prisional integralmente fechado. - O Plenário desta Corte, ao julgar o HC nº 81.288, Rel. p/ o acórdão o Min. Carlos Velloso (sessão de 17.12.2001), firmou o entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI, da Lei nº 8.072/90. O cumprimento da respectiva pena, assim, deve-se dar no regime integralmente fechado, sem direito à progressão. Recurso ordinário improvido (STF, RHC 82.098/PR, 1ª Turma, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, DJU de 29.11.2002).

Habeas corpus. Penal. Processual penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Crimes hediondos. - O Plenário deste Tribunal decidiu que os crimes capitulados nos arts. 213 e 214 do CP são hediondos, independentemente da natureza das lesões corporais deles decorrentes. (HC 81.288, Redator para o acórdão Min. Velloso). Inviável, portanto, a desclassificação. *Habeas* indeferido (STF, HC 81.891/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU de 21.06.2002).

Habeas corpus - Estupro - Atentado violento ao pudor - Tipo penal básico ou forma simples - Inocorrência de lesões corporais graves ou do evento morte - Caracterização, ainda assim, da natureza hedionda de tais ilícitos penais (Lei nº 8.072/90) - Legitimidade das restrições fundadas na Constituição (art. 5º, XLIII) e na Lei nº 8.072/90 (art. 2º) - Pedido indeferido. - Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, legitimando-se, em consequência, a incidência das restrições fundadas na Constituição da República (art. 5º, XLIII) e na Lei nº 8.072/90 (art. 2º), mostrando-se inexigível, para esse específico efeito, que a prática de qualquer desses ilícitos penais tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte, pois tais eventos traduzem resultados meramente qualificadores do tipo penal, não constituindo, por isso mesmo, ele-

mentos essenciais e necessários ao reconhecimento do caráter hediondo dessas infrações delituosas. Precedente (Pleno). Doutrina (STF, HC 81.277/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 21.06.2002).

No mesmo sentido tem-se posicionado esta Corte. Confirmam-se os seguintes julgados, que corroboram esse posicionamento, *i.e.*, de que o delito de estupro, ainda que praticado na forma simples, seja com violência real ou presumida, constitui crime hediondo:

Habeas corpus. Penal. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Lei nº 8.072/90. Progressão de regime. Impossibilidade. Acréscimo de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90. Não-incidência. Inexistência de lesão corporal de natureza grave ou morte.

- 1. O crime de estupro, ainda que na forma simples e mesmo com violência presumida, tem natureza hedionda, devendo a respectiva pena ser cumprida em regime prisional integralmente fechado. Precedentes do Pretório Excelso.

- 2. Incabível o aumento de pena previsto pelo art. 9º da Lei nº 8.072/90 nos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor sem lesão corporal de natureza grave ou morte, pois sua ocorrência implicaria violação ao princípio do *non bis in idem*. Precedentes do STJ.

- 3. *Writ* parcialmente concedido (HC 31.356/RJ, 5ª Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJU de 16.02.2004).

Habeas corpus. Penal. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Crime hediondo. Ordem denegada.

- 1. "A jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou o entendimento de que a natureza hedionda comunica-se a todas as formas de estupro e atentado violento ao pudor, e não apenas às suas formas qualificadas (artigo 1º, incisos V e VI, da Lei nº 8.072/90) (RHC 14.312/MG, da minha Relatoria, *in DJ* de 1º.9.2003).

- 2. *Writ* denegado (HC 27.896/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 09.02.2004).

Criminal. HC. Estupro. Citação por edital. Nulidade. Invalidez do laudo pericial. Ausência de defesa. Supressão de instância. Não-conhecimento. Consentimento da vítima. Violência presumida. Caráter absoluto. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

I. Pleito de anulação do processo criminal, sob as alegações de nulidade da citação por edital, invalidade do laudo pericial, bem como ausência de defesa.

II. Temas que não foram objeto de debate e decisão pelo Tribunal *a quo*.

III. O exame da matéria acarretaria indevida supressão de instância.

IV. Hipótese de ocorrência de crime de estupro em que a vítima não era maior de 14 anos à época do crime, possuidora de compleição física de uma criança de 10 a 12 anos, além de que teria sido necessária uma intervenção cirúrgica para estagnar a hemorragia ocasionada pelo ato delituoso.

V. A violência ficta, ou seja, aquela que é presumida pelas circunstâncias do art. 224 do Código Penal, tem caráter absoluto.

VI. A presunção de violência pela idade da vítima - prevista no art. 224, *a*, do Código Penal - tem caráter absoluto, não podendo ser afastada pelo argumento de consentimento da ofendida.

VII. Interpretação que foi determinante para a revisão do entendimento jurisprudencial, quanto ao caráter hediondo dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que antes não eram considerados incluídos no rol da Lei nº 8.072/90, em casos em que não houvesse a violência real.

VIII. Ordem parcialmente conhecida e denegada (HC 28.553/AM, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 09.12.2003).

Penal. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Crime hediondo configurado. Regime prisional. Progressão. Impossibilidade.

O estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que praticados na forma simples, seja com violência real ou presumida, configuram crimes hediondos.

A Lei 9.455/97 dispõe exclusivamente sobre crimes de tortura, sendo descabido estender seus efeitos aos demais delitos previstos na Lei 8.072/90, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional. Precedentes desta Corte e do STF.

Ordem denegada (HC 28.499/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 15.09.2003).

Habeas corpus. Estupro. Delito hediondo. Cumprimento de pena integralmente em regime fechado expressamente declarado na sentença. Impossibilidade de progressão. Lei nº 9.455/90. Matéria não enfrentada pelo tribunal de origem. Ordem denegada.

1. Seguindo a linha de decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, os delitos de

estupro e atentado violento ao pudor nas formas simples e qualificada, vale dizer, mesmo que deles não resulte morte ou lesão corporal grave, ainda que praticados mediante violência presumida, constituem crimes hediondos, a teor do que dispõe o artigo 1º, incisos V e VI, combinado com o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, impondo-se o desconto das penas corporais correspondentes integralmente no regime fechado.

2 - Não sendo objeto de exame pelo Tribunal *a quo* a incidência da Lei nº 9.455/97, não pode esta Corte agora enfrentá-la, sob pena de supressão de instância.

3. *Habeas corpus* conhecido parcialmente, mas denegado (HC 22.234/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 04.08.2003).

Por fim, quanto à alegação de que o paciente faz jus à liberdade provisória, tendo em vista a não-presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, tenho que a irrisignação prospera.

Ao indeferir o pedido do relaxamento da prisão em flagrante e da liberdade provisória, o Juízo de primeiro grau assim se manifestou:

Vistos

1 - Trata-se de pedido de relaxamento de prisão em flagrante com pedido subsidiário de liberdade Provisória, formulado por Cleber dos Santos da Silva, preso em flagrante pela prática de estupro.

2 - Indefiro os pedidos formulados, por entender que o flagrante encontra-se perfeitamente em ordem, tendo sido o indiciado detido pouco tempo após a ocorrência do delito, por informação da vítima e do marido desta.

3 - Verifica-se das peças do inquérito, que logo após a ocorrência do estupro, a vítima comunicou o fato ao marido, que saiu em perseguição ao indiciado. Comunicado o fato à polícia e realizadas as primeiras diligências, o indiciado já foi localizado e preso.

4 - Em princípio não se verifica irregularidade em tal procedimento. Não é o caso, portanto, de relaxamento do flagrante.

5 - Por outro lado, não é também o caso de concessão do benefício da liberdade provisória, já que se trata de acusação de prática de crime hediondo e a concessão desse benefício é expressamente vedada pelo artigo 2, inciso II, da Lei Federal nº 8.072/90.

6 - Por fim, ao contrário do que alega o requerente, observa-se que existe representação da vítima, conforme exigência legal, o que, inclusive, permitiu ao Ministério Público o oferecimento de denúncia.

Int.

Pereira Barreto, 11 de julho de 2003 (fls. 52/53).

Veja-se que o despacho que indeferiu o pedido do relaxamento da prisão em flagrante e da liberdade provisória carece de fundamentação.

Neste esteio, reza o parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal que será concedida liberdade provisória quando o juiz verificar a inoportunidade de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Se o magistrado tem o dever de conceder, de ofício, a liberdade provisória nas hipóteses cabíveis, tem o acusado direito subjetivo a tal benefício quando preencher as condições para a sua concessão.

Logo, com a ressalva do entendimento pessoal do relator, a decisão que indefere a liberdade provisória deve obrigatoriamente demonstrar a ocorrência concreta dos requisitos da custódia cautelar. Neste sentido já se pronunciou o colendo Supremo Tribunal Federal:

O parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal não impõe ao juiz, ao exarar de ofício, despacho fundamentado de toda e qualquer prisão que lhe seja comunicada, se entender configurado qualquer dos pressupostos da prisão preventiva. Todavia, cabe-lhe a obrigação de fundamentar a decisão sempre que a liberdade provisória é postulada e denegada (RTJ, 105/131).

In casu, observa-se que o indeferimento do pedido de liberdade provisória não foi fundamentado em fatos concretos que ensejassem a manutenção da custódia preventiva.

Ademais, impende ressaltar que o único fato de ter o paciente sido preso e denunciado pela prática de crime hediondo não pode, por si só, dar ensejo à manutenção da medida constritiva, impedindo-se a concessão de liberdade provisória. O indeferimento do pedido de liberdade provisória exige fundamentação adequada,

devido exsurgir de fatos concretos, o que não ocorreu no r. *decisum*.

Aliás, este tem sido o entendimento manifestado por esta Corte Superior, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

Processual penal. *Habeas corpus*. Art. 12, *caput*, e 14, ambos da Lei nº 6.368/76. Prisão em flagrante. Flagrante preparado. Pedido de liberdade provisória. Ausência de fundamentação.

I - 'Não há falar em nulidade do flagrante, sob a alegação de ter sido preparado ou provocado, pois o crime tráfico de entorpecentes, de efeito permanente, gera situação ilícita que se prolonga com o tempo, consumando-se com a mera guarda ou depósito para fins de comércio, restando inaplicável o verbete da súmula 145/STF' (RHC 9.839/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *in DJU* de 28.8.2000).

II - O indeferimento do pedido de liberdade feito em favor de quem foi detido em flagrante deve ser, em regra, concretamente fundamentado. A qualificação do crime como hediondo não dispensa a exigência de fundamentação concreta para a denegação da liberdade provisória. (Precedentes).

Ordem deferida, para conceder a liberdade provisória ao paciente, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso (HC 31.618/SP, 5ª Turma, *DJU* de 08.03.2004).

Processual penal - Tráfico de entorpecentes - Inocência - Exame de provas - Aplicação do rito previsto na Lei 10.409/02 - Matéria não examinada pelo Tribunal *a quo* - Prisão em flagrante - Pedido de liberdade provisória - Ausência de motivação concreta.

- A alegação genérica de inocência é inviável de ser examinada pela via estreita do *writ*, em razão da necessidade do amplo exame de provas.

- No que tange ao argumento de que não foi observado o rito previsto na Lei 10.409/02, que trata da defesa preliminar, verifico que tal matéria não foi objeto de análise pela Corte *a quo*, o que impede seu exame nesta oportunidade, sob pena de suprimir-se instância.

- Por fim, consoante entendimento desta Corte, mesmo em se tratando de tráfico de entorpecentes, a negativa de concessão de liberdade provisória deve ser fundamentada, não sendo suficiente a mera alegação de que se trata de crime equiparado a hediondo.

- Ordem concedida em parte apenas para que seja deferida à paciente a liberdade provisória, ressalvada a sua constrição por motivo superveniente (HC 28.012/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 15.12.2003).

Habeas corpus. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Indeferimento. Ausência de concreta fundamentação para a manutenção da custódia preventiva. Fundamentação deficiente. Ordem concedida.

1. Ainda que o crime seja classificado como hediondo pela Lei nº 8.072/1990, a simples alegação da natureza hedionda do crime cometido pelo agente do delito não é per se justificadora do deferimento do decreto de segregação cautelar, devendo, também, a autoridade judicial devidamente fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

2. *Habeas corpus* concedido (HC 26.032/PR, 5ª Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJU de 12.05.2003).

Criminal. HC. Homicídio tentado. Flagrante. Indeferimento de liberdade provisória. Ausência de concreta fundamentação. Necessidade da medida não demonstrada. Presença de condições pessoais favoráveis. Ordem concedida.

I. Exige-se concreta motivação ao óbice à liberdade provisória de paciente primário e sem maus antecedentes, mesmo em sede de delitos hediondos, não bastando a simples alusão à vedação do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90. Precedentes.

II. A presença de condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

III. Deve ser concedida a liberdade provisória em favor de José Ferreira da Silva Filho, com a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas em 1º grau de jurisdição, sem prejuízo de que o Julgador, com base em fundamentação concreta, venha a decretar nova custódia.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (HC 25.181/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 05.05.2003).

Criminal. HC. Entorpecentes. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Ausência de concreta fundamentação para a manutenção da custódia. Necessidade da medida não demonstrada. Presença de condições pessoais favoráveis. Tentativa. Tese negativa de autoria. Improriedade do meio eleito. Ordem parcialmente concedida.

Exige-se concreta motivação da decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, com base em fatos que efetivamente justifiquem a custódia processual, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante. Precedente.

A mera alusão à existência de indícios de autoria não é suficiente para motivar a manutenção da custódia.

O simples fato de se tratar de crime hediondo não basta para que seja determinada a segregação. Precedentes.

Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório - como a apontada tese negativa de autoria, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da denúncia.

Deve ser concedida, em parte, a ordem para revogar a prisão cautelar efetivada contra Círia Fernandes de Moraes, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver presa, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator (HC 23.738/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 03.02.2003).

Processual penal. Prisão em flagrante. Crime hediondo. Liberdade provisória. Possibilidade. Recurso em sentido estrito. Efeito suspensivo. Mandado de segurança. Manejo. Improriedade. 1 - Recusa o entendimento pretoriano dominante o manejo do mandado de segurança para emprestar efeito suspensivo a recurso em sentido estrito.

2 - O fato de tratar-se de crime hediondo, isoladamente, não é impeditivo da liberdade provisória, haja vista princípios constitucionais

regentes da matéria (liberdade provisória, presunção de inocência, etc.). Faz-se mister, então, que, ao lado da configuração idealizada pela Lei nº 8.072/90, seja demonstrada também a necessidade da prisão. A manutenção da prisão em flagrante só se justifica quando presentes os requisitos ensejadores da preventiva, nos moldes do art. 310, parágrafo único, do CPP.

3 - Habeas corpus concedido (*HC 21.223/SP*, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 09.09.2002).

Ademais, vislumbra-se em tal questão uma aparente incongruência entre o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que encontra fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal, o qual estabelece serem insusceptíveis de liberdade provisória os acusados de praticar crimes tidos por hediondos, e o próprio § 2º da citada lei, que prevê que, “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

Ora, se mesmo diante de uma sentença condenatória, cuja certeza de cometimento do ilícito está devidamente comprovada, em face de toda uma instrução criminal, é permitido ao juiz conceder ao réu o direito de apelar em liberdade, desde que haja decisão fundamentada, com maior razão se deve exigir a fundamentação para a prisão cautelar, que ainda se reveste de indícios acerca da culpabilidade do réu.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de que seja concedida liberdade provisória ao paciente, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

É o voto.

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, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator”.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 1º de abril de 2004. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJ* de 07.06.2004.)

-:-:-