**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA EGRÉGIA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Não se admite absolvição sumária fundada no art. 397, III, CPP quando, reconhecida a materialidade e tipicidade formal da conduta, os demais aspectos necessários para caracterização delitiva dependam de instrução processual. T 439**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos de Apelação Criminal nº 1507648-71.2021.8.26.0114**,** em que figura como apelante, tendo como apelada [redacted], vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, art. 255, § 2º, do RISTJ e art. 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos motivos adiante aduzidos:



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014281761.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

## 1 – RESUMO DOS AUTOS

[redacted] foi denunciada pela prática de crime de lesão corporal com violência doméstica agravada (artigo 129, §9º do Código Penal), combinado com o art. 61, inciso II, alínea "h" (contra criança) e combinado com o artigo 13, §2º, alíneas "a" e "c" do mesmo Código (omissão penalmente relevante), com incidência das disposições da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Isso porque, nas circunstâncias de tempo e local constantes da inicial, prevalecendo-se das relações domésticas e de coabitação, com violência contra a mulher nos termos da Lei nº 11.340, por ação e omissão penalmente relevantes, ofendeu a integridade corporal de Yasmin Ferreira Penedo, sua filha, criança com 10 anos de idade. Consta da denúncia que [redacted] **levou sua filha a ritual religioso no qual a vítima sofreu cortes provocados por lâmina, causadora de lesões corporais de natureza leve** – laudo a fls. 11.

Pela r. sentença de fls. 68/71 a ré foi absolvida sumariamente com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal, tendo entendido o d. magistrado que o fato narrado não constituiria crime (falta de 'tipicidade conglobante').

O Ministério Público apelou pedindo a cassação da decisão impugnada e, consequentemente, o prosseguimento do feito, com a realização dos estudos técnicos pertinentes e a devida instrução processual.

Apresentadas as contrarrazões, o recurso foi devidamente processado. A d. Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer pelo provimento do recurso (fls. 223/234).

No entanto, a 1ª Câmara de Direito Criminal do E. Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso ao fundamento de que, **embora reconhecida a ocorrência das lesões (8 cicatrizes, com 0,5cm cada), decorreram de prática religiosa e "não causam prejuízo físico, psicológico ou estético à criança".** Segue transcrito o teor do v. acórdão (fls. 237/243):



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014287761.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

fls. 237

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

**Registro: 2022.0000951174**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1507648-71.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelad[redacted]

**ACORDAM,** em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), FIGUEIREDO GONÇALVES E MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 21 de novembro de 2022.

**DINIZ FERNANDO**
**RELATOR**
**Assinatura Eletrônica**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ, liberado nos autos em 21/11/2022 às 20:03 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1CEF91C0.



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014282781.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

**Apelação Criminal nº 1507648-71.2021.8.26.0114**
**Apelante: Ministério Público**
**Apelado: [redacted]**
**Comarca: Campinas**

**VOTO nº 16.851**

**LESÃO CORPORAL. Absolvição sumária mantida, por atipicidade da conduta. Rito relacionado a religião de matriz africana que não causa prejuízo físico, psicológico ou estético à criança. Prática abarcada pela liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF) e que expressa o direito de cada um dos genitores transmitir suas crenças ao filho (art. 22, parágrafo único, do ECA). Apelo ministerial desprovido.**

**1)** Ao relatório da r. sentença de fls. 68/71, cumpre acrescentar que [redacted] foi ***absolvida*** sumariamente quanto à acusação de incursa no art. 129, § 9º, c.c. art. 61, II, alínea "h", c.c. art. 13, § 2º, alíneas "a" e "c", todos do CP, com fundamento no art. 397, III, do CPP.

Apela o Ministério Público (fls. 90/139) pleiteando o afastamento da absolvição sumária, determinando-se a realização de estudos técnicos (avaliações social e psicológica) e escuta especializada/depoimento especial, nos termos da Lei 13.431/201755. Pede, ainda, que somente depois de esgotada a fase probatória seja proferida sentença de mérito.

Processado e contrariado o recurso (fls. 185/201), a d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, opinou pelo provimento do apelo ministerial (fls. 223/234).

**Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 220).**

**É o relatório.**

**2)** Nego provimento ao apelo ministerial.

A denúncia contém a exposição do seguinte fato:



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ, liberado nos autos em 21/11/2022 às 20:03 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1CEF91C0.



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014282781.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

*"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 17/01/2021, em horário e locais incertos, nesta cidade e Comarca de Campinas, J.A.F., qualificada à fl. 10, prevalecendo das relações domésticas e de coabitação, com violência contra a mulher nos termos da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), por ação e omissão relevante, ofendeu a integridade corporal de sua filha Y.F.P., criança com 10 anos de idade, com quem convivia. Segundo apurado, a denunciada é genitora da vítima e, na data do fato, levou-a a um ritual religioso no qual a vítima sofreu cortes provocados por gilete ou navalha, causando-lhe lesões corporais de natureza leve, conforme comprova o laudo pericial às fls. 8/9.*
*A denunciada agiu por ação e também por omissão penalmente relevante, pois ela devia e podia agir para evitar o resultado danoso à filha, valendo destacar que o dever de agir lhe incumbia por obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância à filha menor, e também porque, com seu comportamento anterior (ao levar a filha ao local do fato), criou o risco da ocorrência do resultado danoso".*

O d. Juízo *a quo* absolveu sumariamente a acusada:

*Superadas essas questões preliminares, está-se diante de hipótese de FLAGRANTE ATIPICIDADE, impondo-se, desde logo, a ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA da acusada, nos termos do disposto no artigo 397, do Código de Processo Penal: "Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (...) III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime".*
*3. A Constituição Federal assegura a todos e de forma ampla a liberdade de religião como garantia fundamental do cidadão: "art. 5º, inciso VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias".*
*Disso resulta que o Estado não deve interferir nas liturgias e não deve embaraçar, de qualquer forma, o livre exercício de culto religioso, independentemente de se tratar de religião adotada pela maioria ou minoria da população brasileira, como o são os umbandistas e candomblecistas.*
*O dever estatal de abstenção se impõe em âmbito administrativo, tributário e especialmente criminal tratar o cidadão que vive a fé e age de acordo com os preceitos*



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ, liberado nos autos em 21/11/2022 às 20:03 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1CEF91C0.



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014282781.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

*de sua religião como criminoso é odioso e flagrantemente inconstitucional.*
*Ressalto que os pais podem educar os filhos de acordo com sua convicção religiosa e podem transmitir suas crenças e culturas a seus filhos, como expressamente assegura o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 22, parágrafo único.*
*A limitação a esse direito à liberdade religiosa, que tem natureza constitucional é excepcional e somente se justifica para preservação de "algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada" (GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. Curso de Direito Constitucional. Saraiva Educação, 2018, Titulo II Liberdade, cap. 4.2 Liberdade Religiosa, edição Kindle).*
*A análise de rituais na história teórica da Antropologia e seu vínculo com eventos contemporâneos ganhou destaque na obra de TURNER, para quem a importância dos eventos ritualisticos nas diversas sociedades não pode ser medida ou mensurada, porquanto fundamentais para a dinâmica da comunidade (VICTOR TURNER. O Processo Ritual, ed. UNB, Brasília, 2005).*
*Em muitos casos, as marcas corporais vinculam-se a ritos de passagem relativos à mudança de estado no contexto simbólico e social, no que se incluem, a título de exemplo, os ritos de iniciação aplicados por sociedades indígenas e processo de circuncisão entre judeus e muçulmanos.*
*Tais processos dizem com a partilha de uma identidade coletiva e com o sentimento de pertença ao grupo, é dizer, desses rituais dependem o reconhecimento do indivíduo pelos seus e a sua integração ao todo.*
*Na hipótese dos autos, não se verifica qualquer justificativa, senão a intolerância religiosa, para a restrição a ritual próprio do Candomblé, como a escarificação.*
*A criança Y.F.P foi submetida a exame médico-legal e o perito constatou apenas micro lesões na pele 08 cicatrizes lineares hipercrômicas com 0,5 cm cada localizadas na região posterior do ombro direito e região lateral do braço esquerdo (fl. 11).*
*Trata-se de lesão ínfima, insignificante, que não causou prejuízo físico, psicológico ou sequer estético à criança.*
*Em verdade, o comparecimento em Delegacia de Polícia na companhia do pai para delatar a mãe e a consequente submissão a exame médico-legal causou, possivelmente, constrangimento maior que a própria escarificação.*



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ, liberado nos autos em 21/11/2022 às 20:03 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1CEF91C0.

Rua Riachuelo, 115, 9º andar – Sala 906 – Centro | São Paulo/SP – CEP 01007-904
Tel (11) 3119-9689 – Fax (11) 3119-9677 – e-mail: recursoespecial@mpsp.mp.br

Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014282781.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

*A tipificação dessa conduta como crime de lesão corporal revela inaceitável intolerância religiosa basta ver que (felizmente) jamais se cogitou criminalizar a circuncisão religiosa, que é comum entre judeus e muçulmanos.*
*A escarificação religiosa, assim como a circuncisão, ainda que formalmente típica, está em consonância com valores constitucionais e jamais pode ser considerada uma conduta criminosa.*
*Como ensinam ZAFFARONI e PIERANGELI, a tipicidade penal não se resume a juízo de tipicidade legal; mais que isso, exige comprovação de tipicidade conglobante, isto é, demonstração de contrariedade da conduta com toda a ordem normativa (Manual de Direito Penal. Volume 1. Parte Geral, 7ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 474).*
*O exercício de um direito constitucional, a liberdade religiosa e a consequente possibilidade de transmissão das crenças aos filhos, dentro de limites estabelecidos pela própria Constituição, como o respeito à vida, à liberdade e à segurança, não pode acarretar consequências penais.*
*Logo, impõe-se o reconhecimento da atipicidade material da conduta, cuja prática está acobertada pela liberdade individual de crença.*

A absolvição sumária decretada pelo Juízo *a quo* está plenamente fundamentada, devendo ser confirmada nos termos do art. 252 do RITJSP.

A liberdade religiosa, a rigor do art. 5º, VI, da CF, abarca a liberdade de culto, sobre a qual discorre José Afonso da Silva: *"[A] religião não é apenas sentimento sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida"* (*Curso de Direito Constitucional* Positivo, 24ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 249).

Neste contexto, ritos religiosos, **em princípio**, não devem ser objeto de intervenção estatal por serem expressão da liberdade religiosa, devendo haver uma **ponderação caso a caso** sobre os princípios e regras envolvidos.

Sobre esta temática, aponta Marcelo Novelino:



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ, liberado nos autos em 21/11/2022 às 20:03 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1CEF91C0.



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014282781.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

> *"A liberdade religiosa envolve questões polêmicas relacionadas, principalmente, ao dever de neutralidade do Estado. A interferência estatal no âmbito de proteção dessa liberdade sem justificação constitucional legítima – e.g. adotando medidas que beneficiem ou prejudiquem determinadas religiões – deve ser considerada uma intervenção violadora do direito. A complexidade do tema se torna ainda mais acentuada em países de forte tradição religiosa – como é o caso do Brasil"* (*Curso de Direito Constitucional, 17ª edição*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 411).

A necessidade de neutralidade estatal em face das religiões é ainda mais relevante no Direito Penal, tido como última *ratio*.

Assim, a absolvição sumária era mesmo de rigor, considerando a excepcionalidade dos fatos descritos na denúncia: ínfimas lesões relacionadas a rito de religião de matriz africana (*08 cicatrizes lineares hipercrômicas com **0,5 cm** cada localizadas na região posterior do ombro direito e região lateral do braço esquerdo* – fls. 11), lesões estas que não causam prejuízo físico, psicológico ou estético à criança.

Como apontado nas contrarrazões defensivas, a prática em análise é muito menos invasiva que outras práticas religiosas e culturais que são toleradas e não são objeto de persecução penal, não merecendo, portanto, tratamento diverso: *"Escarificação religiosa consiste em uma microincisão que atinge tão somente a superfície da derme, equiparável à tatuagem e muito menos invasiva do que a circuncisão praticada por judeus e muçulmanos, sem olvidarmos da secular colocação de brincos em bebês".*

Mesmo na hipótese, como nos autos, em que há divergência entre os genitores sobre o encaminhamento religioso da criança, o art. 22, parágrafo único, do ECA, prevê expressamente direitos iguais ao pai e à mãe na transmissão de suas crenças, o que reforça a atipicidade da conduta em tela.

Por fim, a eventual apuração de outros fatos aventados pelo Ministério Público em seu apelo (fls. 129 e seguintes, consoante relatos do genitor da suposta vítima na ação que discute a guarda



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ, liberado nos autos em 21/11/2022 às 20:03 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1CEF91C0.



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014282781.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

dela – autos nº 1000241-64.2021.8.26.0084) não justificam a reversão da absolvição sumária quanto ao fato efetivamente descrito na denúncia.

**3)** Pelo exposto, **nego provimento** ao apelo ministerial.

**DINIZ FERNANDO** FERREIRA DA CRUZ
Relator



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ, liberado nos autos em 21/11/2022 às 20:03 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1CEF91C0.

Rua Riachuelo, 115, 9º andar – Sala 906 – Centro | São Paulo/SP – CEP 01007-904
Tel (11) 3119-9689 – Fax (11) 3119-9677 – e-mail: recursoespecial@mpsp.mp.br

Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014282781.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

Assim decidindo, a Egrégia Corte Paulista contrariou e negou vigência ao disposto no art. 397, e incisos, do Código de Processo Penal, autorizando o presente inconformismo, com base na alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF, com a seguinte tese:

> **Não se admite absolvição sumária fundada no art. 397, III, CPP quando, reconhecida a materialidade e tipicidade formal da conduta, os demais aspectos necessários para caracterização delitiva dependam de instrução processual.**

## 2 – DA CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL (art. 397 do Código de Processo Penal)

O art. 397 do Código de Processo Penal está assim redigido:

> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
>
> I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
>
> II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
>
> III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
>
> IV - extinta a punibilidade do agente.

Tem inteira aplicação à hipótese, a lição do saudoso Ministro ALIOMAR BALLEIRO, para quem **"... denega-se vigência de lei não só quando se diz que esta não está em vigor, mas também quando se decide**



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014287761.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

**em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro"** (RTJ 48/788).

Ou, no mesmo sentido, **"... equivale negar vigência o fato de o julgador negar aplicação a dispositivo específico, único aplicável à hipótese, quer ignorando-o, quer aplicando outro inadequado"** (REsp 63.816, RTJ 51/126).

No caso em tela, induvidoso que o v. acórdão recorrido contrariou ou mesmo negou vigência ao dispositivo de lei federal mencionado.

Com efeito, ao receber a denúncia, conforme fls. 21, o próprio juízo de primeiro grau reconheceu expressamente *"a existência de indícios de autoria e prova da materialidade"*. Em seguida, pela decisão de fls. 68/71, consignou o magistrado sentenciante que: *"impõe-se o reconhecimento da atipicidade material da conduta, cuja prática está acobertada pela liberdade individual de crença"*.

E o v. acórdão, ratificando a r. sentença, complementou consignando que as lesões causadas (08 cicatrizes lineares hipercrômicas com 0,5 cm cada localizadas na região posterior do ombro direito e região lateral do braço esquerdo fls. 11) *"não causam prejuízo físico, psicológico ou estético à criança"*.

Com todo o respeito, a conclusão pela atipicidade material do fato, sem instrução, é **precipitada**.

De fato, conforme se verifica da própria sentença de primeiro grau e do v. acórdão que o confirmou, **reconheceu-se que a vítima sofreu lesões** (conforme laudo de fls. 11), reconhecendo-se também a **tipicidade formal** dos fatos narrados na denúncia (fls. 240 e 241):

> *"A criança Y.F.P foi submetida a exame médico-legal e o perito constatou apenas micro lesões na pele 08 cicatrizes lineares hipercrômicas com 0,5 cm cada localizadas na região posterior do ombro direito e região lateral do braço esquerdo (fl. 11)."*



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014287761.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

*"A escarificação religiosa, (...) ainda que formalmente típica (...)".*

Não se nega que haja situações em que se admita alguma elasticidade na tutela da integridade física quando presente a adequação social. Nesse sentido, VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES[1]:

> *"A doutrina tradicional sustenta que a incolumidade física é bem indisponível, de forma que o consentimento não exclui o crime, exceto nas situações social e culturalmente aceitas, como no caso de colocação de brincos em meninas e na circuncisão realizada em recém-nascidos em algumas religiões".*

Contudo, a questão que se põe é a viabilidade ou não se se concluir, **aprioristicamente**, pela atipicidade material de uma conduta sem que antes se proceda a uma cautelosa instrução processual para apuração de todos os aspectos necessários a tal conclusão.

Com efeito, a análise da **tipicidade material** de uma conduta não decorre somente da análise 'conglobante' do ordenamento jurídico (verificação de outras normas que possam autorizar a conduta).

Em verdade, consoante escólio de LUIZ FLÁVIO GOMES[2], exige-se o conhecimento de todo o envoltório fático e jurídico que abrange a conduta, resultado e nexo causal. Isso para que se possam conhecer todos os requisitos (aspectos) da tipicidade material, quais sejam: a ***conduta***, o ***resultado naturalístico***, a própria ***tipicidade formal*** (adequação do fato à letra da lei), o ***resultado jurídico*** (desvalor do resultado, lesividade e ofensividade), a ***imputação objetiva da conduta*** (criação de risco proibido) **e *do resultado*** (decorrente do risco criado), além da ***imputação subjetiva*** (dolo), nos crimes dolosos:

---

[1] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios – Direito Penal: Parte Especial – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016; p. 189.

[2] GOMES, Luiz Flávio – Direito Penal: Parte Geral – Teoria Constitucionalista do Delito. São Paulo: RT, 2004; p. 90 e segs.



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014281761.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

> *"o conceito de tipicidade material acolhido por nós é mais abrangente (e, portanto, distinto do conceito de tipicidade conglobante). Da tipicidade material não fazem parte só o resultado jurídico (ofensividade ou lesividade) e a imputação objetiva. Mais que isso: também a imputação subjetiva (nos crimes dolosos) a ela pertence. Para o âmbito do conceito de tipicidade material, em suma, estamos transportando todas as questões de imputação, seja objetiva, seja subjetiva, além da premissa básica da ofensa ao bem jurídico (da ofensividade, que Zaffaroni chama de lesividade)".*

Assim, **presentes a tipicidade formal e a justa causa** (prova de materialidade e indícios suficientes de autoria), **não se pode, *de antemão*, excluir os demais aspectos necessários à análise da *tipicidade material***, tais como a *imputação subjetiva* (dolo), os *limites da imputação objetiva* (criação de risco proibido), e o *desvalor do resultado* (ofensividade e lesividade).

A esse respeito, o E. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto à impossibilidade de se absolver sumariamente hipóteses em que, a despeito da tipicidade formal de uma conduta e da sua materialidade, busca-se afastar o elemento subjetivo do tipo (dolo – imputação subjetiva) antes da devida instrução (destacamos):

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INEXISTÊNCIA DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. **O exame quanto à existência ou não de dolo na conduta atribuída ao agente demanda instrução probatória, afigurando-se, pois, indevida a absolvição sumária do acusado, na medida em que inviável o juízo de certeza necessário à abreviação liminar do rito processual.***
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento.*
>
> *(AgRg no REsp 1225068/ES, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 15/09/2015)"*

> *"RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE CONTRABANDO. TESE DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 334, § 1.º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL;*



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014287761.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

> *AOS ARTS. 396, 396-A E 399, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL; AO ART. 89 DA LEI N.º 9.099/95; E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE VERIFICAR O CONHECIMENTO, POR PARTE DO ACUSADO, DA ORIGEM ESTRANGEIRA DAS MÁQUINAS APREENDIDAS E SEUS COMPONENTES SEM A DEVIDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
>
> ***1. É incabível a absolvição sumária quando não evidenciada qualquer das hipóteses previstas nos incisos I a IV do art. 397 do Código de Processo Penal.***
>
> ***2. No caso dos autos, sendo ponto controvertido o conhecimento, por parte da Acusada, da procedência estrangeira das máquinas apreendidas e de seus componentes, mostra-se descabido o afastamento do dolo do agente sem a devida instrução probatória.***
>
> *3. Recurso especial provido.*
>
> *(REsp 1206320/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012)*

Bem por isso que, *sem uma instrução e análise aprofundadas*, a liberdade de crença (seja ela qual for) não pode ser invocada como justificativa presumida de atipicidade de atos de afronta à integridade física da pessoa.

Note-se que, ainda que se desejasse analisar a questão sob a ótica da doutrina tradicional, atribuindo-se ao agente eventual causa excludente de ilicitude de 'exercício regular de direito' (art. 23, III, Código Penal) a instrução seria necessária para verificar os limites desse exercício, sua regularidade e ausência de atos abusivos, já que presentes a materialidade delitiva e a tipicidade formal.

Consoante bem lembrado pelo Nobre Procurador de Justiça, Dr. JOSÉ AVELINO GROTA DE SOUZA, a fls. 223/234, a tutela razoável da integridade física da criança envolvida deve ser cotejada com *sua própria liberdade* de crença, pelo que se fazia imprescindível verificar, por meio de instrução, se fora exposta a situação de risco, se foram ouvidos seus anseios e expectativas, se lhe foi infligido sofrimento físico ou psíquico: *"Não se perde de vista que a liberdade de crença em discussão é a da criança, titular desse direito fundamental, e não a da mãe, que, portanto, não pode, a*



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014287761.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

*pretexto de transmissão de sua cultura, submeter e expor a criança a situação de risco, como no caso de ritual religioso que* resulte em lesões corporais." E ainda: *"verifica-se no inquérito policial que a versão da vítima não foi colhida, até mesmo porque, em razão da sua idade, a criança deve ser ouvida mediante o procedimento de depoimento especial a ser realizado perante a autoridade judiciária, nos termos e procedimentos previstos no artigo 8º e 12 da Lei nº 13.431. A oitiva da vítima por meio do procedimento adequado é de suma importância para se perquirir se de fato anuiu em se submeter ao ritual religioso que lhe causou lesões corporais e, em caso positivo, verificar em que condições expressou esse consentimento, com ou sem indução e influência externa".*

Portanto, embora possível certa relativização quando se trate da intangibilidade da integridade física, em situações social e culturalmente aceitas, é preciso que essas circunstâncias sejam analisadas **caso a caso**. Em especial em hipóteses como no presente em que há informações trazidas pelo genitor (documentos sigilosos de fls. 140/165) que apontam fatos graves, consoante se transcreve abaixo (fls. 143):

> *"A criança, em inúmeras vezes, quando tem a chance de conversar com o pai, relata que a genitora a obriga a participar de rituais religiosos de matriz africana, nos quais a criança não se sente confortável. Em verdade, a menor sente-se aterrorizada.*
>
> *A menor relatou ao requerente que, em decorrência de um ritual da religião da requerida, foi obrigada por esta, a comer, de hora em hora, doces durante toda a madrugada! E mesmo já estando em demasiado empachamento, a criança foi obrigada a continuar comendo, ficando com dores de estômago após o ocorrido. Tais fatos foram relatados ao requerente pela própria menor, o que deverá ser averiguado no estudo social a ser designado por Vossa Excelência."*

**Percebe-se, destarte, que sem prévia instrução do feito não era possível afastar, de antemão, a eventual prática de crime.**



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014287761.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.

No entanto, tendo o v. acórdão absolvido sumariamente a ré, obstando a devida instrução[3] acerca de aspectos essenciais à análise dos requisitos da tipicidade material dos fatos, o v. acórdão contrariou e negou vigência a dispositivo de lei federal, permitindo a interposição do presente Recurso Especial com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal.

## 3. DO PEDIDO

Ante o exposto, demonstrada a contrariedade e negativa de vigência a dispositivos de lei federal, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** aguarda seja **deferido o processamento** do presente **RECURSO ESPECIAL**, a fim de que, submetido à elevada apreciação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, mereça **CONHECIMENTO** e **PROVIMENTO,** para a cassação do v. acórdão de fls. 237/243 e da r. sentença de fls. 68/71, determinando-se o retorno dos autos à origem para que se dê prosseguimento à ação penal.

São Paulo, 25 de novembro de 2022.

**MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN**
PROMOTOR DE JUSTIÇA DESIGNADO
(PORTARIA PGJ Nº 6097/2016 – DOESP DE 02.06.2016)[4].

[3] Cf. fls. 80: Pedidos de instrução para realização de *"estudos técnicos (avaliações social e psicológica, especialmente com a criança/vítima) e, após, designando-se audiência de instrução, debate se julgamento, a fim de tentar exaurir, sob o crivo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa4, a colheita das provas perante o Poder Judiciário"*.

[4] http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2016/DO_02-06-2016.html



Documento recebido eletronicamente da origem

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN e Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo, protocolado em 25/11/2022 às 15:02 , sob o número WPRO22014287761.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1507648-71.2021.8.26.0114 e código 1D504982.