



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.139 - DF (2009/0191797-3)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : **LUCIANO PEREIRA GRÉGGIO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS**
PACIENTE : **J F DOS S**

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA FORMA PRESUMIDA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. RECONHECIMENTO DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. HIPÓTESE DE *MUTATIO LIBELLI*. VIOLAÇÃO DO ART. 384, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA.

1. Reconhecida, pelo julgador, a partir da prova colhida durante a instrução, a presença de qualificadora não imputada aos acusados na denúncia, faz-se necessária a observância da regra disposta no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

2. Segundo o enunciado sumular 453/STF, "Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude da circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa".

3. Na hipótese, o Tribunal *a quo*, ao condenar o paciente, reconheceu a causa de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal (agressor que tem autoridade sobre a vítima), sem que a denúncia tenha descrito tal circunstância fática, o que causa evidente constrangimento ilegal, por cerceamento de defesa.

4. Ordem concedida para fixar a pena do paciente em 6 anos de reclusão.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de junho de 2010(Data do Julgamento).

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.139 - DF (2009/0191797-3)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : **LUCIANO PEREIRA GRÉGGIO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS**
PACIENTE : **J F DOS S**

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de J F dos S, absolvido, em primeira instância, da prática do delito tipificado no art. 214, c.c. art. 224, *a*, do Código Penal.

Insurge-se o impetrante contra acórdão proferido pela 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (ACR 20050210026235) para condenar o paciente à pena de 9 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de atentado violento ao pudor, pelos fundamentos sintetizados na seguinte ementa, *litteris* (fl. 84):

PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. RÉU ABSOLVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO PRESCINDÍVEL. PROVAS CONTUNDENTES. DEPOIMENTOS DA VÍTIMA E DE SUA GENITORA. ANÁLISE PSICOSSOCIAL. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ARTIGO 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO PROVIDO.

1. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor pode ser provada de várias maneiras, e não somente pelo laudo de exame de corpo de delito.

2. Os crimes contra a liberdade sexual nem sempre deixam vestígios materiais visíveis na vítima, motivo pelo qual, no presente caso, a palavra da vítima, corroborada com as declarações de sua genitora e também pela análise psicossocial tiveram relevante valor probante, autorizadores de condenação do acusado.

3. A palavra da vítima, em crime contra a liberdade sexual, comumente cometidos às ocultas, constitui relevante elemento probatório, mormente quando se mostra coerente com as demais provas produzidas nos autos. No presente caso, em razão da pouca idade da vítima (6 anos à época dos fatos), encontra-se respaldada por avaliações e laudos psicológicos.

4. As relações de coabitação devem ser entendidas sob o aspecto de subordinação a que se refere a parte final do inciso II do artigo 226 do Código Penal. Constituem fatores hábeis a comprovar que o réu exercia autoridade sobre a vítima.

5. Recurso provido para condenar o réu a pena definitiva de 9 anos de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega, em suma, ofensa ao princípio da correlação, na medida em que o Tribunal de Justiça, ao condenar o paciente, aplicou causa de aumento de pena não descrita na denúncia.

Requer, assim, a revisão da pena para excluir da condenação a causa de aumento prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República MARIA ELIANE MENEZES FARIAS, opinou pela concessão da ordem (fls. 360/368).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.139 - DF (2009/0191797-3)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA FORMA PRESUMIDA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. RECONHECIMENTO DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. HIPÓTESE DE *MUTATIO LIBELLI*. VIOLAÇÃO DO ART. 384, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA.

1. Reconhecida, pelo julgador, a partir da prova colhida durante a instrução, a presença de qualificadora não imputada aos acusados na denúncia, faz-se necessária a observância da regra disposta no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

2. Segundo o enunciado sumular 453/STF, "Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude da circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa".

3. Na hipótese, o Tribunal *a quo*, ao condenar o paciente, reconheceu a causa de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal (agressor que tem autoridade sobre a vítima), sem que a denúncia tenha descrito tal circunstância fática, o que causa evidente constrangimento ilegal, por cerceamento de defesa.

4. Ordem concedida para fixar a pena do paciente em 6 anos de reclusão.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Pelos percucientes fundamentos, aos quais nada tenho a acrescentar, adoto como razões de decidir o parecer do Ministério Público Federal exarado pela Subprocuradora-Geral da República MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS, *litteris* (fls. 363/368):

A ordem comporta concessão.

Como sustenta o Recorrente, incorreu em nulidade a decisão do C. Tribunal *a quo* quando reconheceu em desfavor do Réu **aumento de pena não descrito na denúncia**, sem observância do que dispõe o artigo 384, parágrafo único, do CPP.

Assim, evidente a falta de correlação entre os fatos descritos na denúncia e o v. Acórdão ora impugnado. Tal correlação se faz necessária para assegurar a ampla defesa, impedindo desta maneira que seja surpreendida e não possa rechaçar os fatos alegados.

É certo que os réus se defendem dos fatos e não da capitulação legal. Ocorre que, na hipótese, a denúncia não descreveu expressa ou implicitamente a qualificadora disposta no artigo 226, 'a', do Código Penal.

Para demonstrar tal alegação, necessário se faz a leitura da peça inicial (fl. 318):

"em data que não se pode precisar, entre 2004 e março de 2005, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interior da casa 7 do conjunto K da quadra 37 da Vila São José, Brazlândia/DF, o denunciado JAELSON, com vontade livre e consciente, constrangeu YANA BEATRIZ DA SILVA, nascida em 20/1/1999 (6 anos de idade à época), mediante violência, a praticar e permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

ANTÔNIA RITA CONCEIÇÃO SILVA, mãe da criança YANA BEATRIZ DA SILVA, e os denunciados moram no mesmo lote, ANTÔNIA é irmã de JOELINA. Com frequência, a criança permanece na companhia dos tios JOELSON E JOELINA, ora denunciados. Numa dessas oportunidades, o denunciado JOELSON, para satisfazer seu apetite sexual, beijou na boca de YANA, tirou a roupa dela e sua própria calça e seguidamente esfregou seu pênis na vagina de YANA e se masturbava até ejacular na presença de YANA. Segundo a menor, tal fato ocorreu mais de uma vez.

Ao agir assim, o denunciado JOELSON incorreu nas penas do art. 214, combinado com o art. 224, letra 'a', do Código Penal."

O Tribunal *a quo*, ao analisar o recurso ministerial reconheceu a existência de provas suficientes a embasar um decreto condenatório (fls. 353/355). Não obstante, acrescentou no acórdão hostilizado a causa de aumento de descrita no artigo 226, II, conforme se transcreve:

"(...)

"Da causa de aumento de pena:

Conforme termos do artigo 226, inciso II, do Código Penal:

"Art. 226. A pena é aumentada:

I - (...),

II - de 1/2 (metade), se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cênjuge, companheiro, tutor, curador, precepto ou empregador da vítima ou qualquer outro título tem autoridade sobre ela (...) Negritei.

Nos dizeres de César Roberto Bitencourt:

"(...)

Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abraindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas. (art. 384, parágrafo único, CPP).

Nesta hipótese, a nova definição jurídica importa em crime com pena mais grave, diversamente do que ocorre no *caput* do artigo, onde a pena é, em tese, a mesma ou inferior.

Vamos supor que o Ministério Público descreveu o fato que se subsume no tipo do furto simples (art. 155, *caput*, CP). Contudo, havia a elementar da violência nos autos do inquérito policial e o promotor de justiça não percebeu ou, então, durante a instrução descobriu-se que a subtração foi feita mediante violência contra a vítima; por exemplo, o agente agarrou a vítima pelo pescoço, dando-lhe uma "gravata", para subtrair sua carteira, mas a denúncia apenas descreveu a subtração da carteira, dando a impressão de que foi a ação de um 'pungista', sem qualquer violência.

Na fase da sentença, o juiz se depara com esta situação: uma elementar – a violência – que não se encontra descrita na denúncia explícita ou implicitamente. Trata-se de mudança da imputação fática, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corresponderá a uma mudança também da classificação para um crime que tem pena mais grave.

Vejamos, abaixo, a aplicabilidade do regime do art. 384, parágrafo único, do CPP às qualificadoras e causas de aumento de pena.

O art. 385 do CPP estabelece:

Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Quanto à possibilidade de condenação, mesmo diante de pedido de absolvição, trata-se de aplicação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (o MP, uma vez exercitada a ação penal pública, não pode dispor da ação penal, ou seja, não pode desistir do processo. Contudo, este princípio encontra-se mitigado pelo instituto da suspensão condicional do processo – art. 89 da Lei n. 9.099/1995).

Quanto ao vocábulo "agravantes", pode ser aplicado em sentido estrito e em sentido amplo. As circunstâncias agravantes propriamente ditas ou em sentido estrito são aquelas circunstâncias dos arts. 61 e 62 do Código Penal (desde que não previstas também como qualificadoras ou causas de aumento de pena), que não fazem com que a pena possa ser fixada acima do máximo cominado abstratamente. As "circunstâncias agravantes" em sentido amplo também abrangem as qualificadoras (fazem com que haja novos mínimo e máximo cominados abstratamente – por exemplo, art. 121, § 2º, I, CP) e as causas de aumento de pena (percentuais ou frações que, aplicados concretamente, permitem que a pena seja fixada acima do mínimo legal cominada abstratamente).

Neste art. 385 do CPP, o termo agravante é entendido no sentido estrito. Assim, o juiz somente pode reconhecer agravantes independentemente de descrição fática na denúncia ou em aditamento à denúncia, se forem agravantes em sentido estrito, não se lhes aplicando o disposto no art. 384, caput e parágrafo único, do CPP.

Conclui-se, portanto, conforme vem decidindo o STF, que as qualificadoras e as causas de aumento de pena também se submetem ao procedimento do art. 384, parágrafo único, do CPP, devendo estar descritas na denúncia ou no aditamento à denúncia para que possam ser reconhecidas pelo juiz na sentença condenatória.

Vejamos a súmula 453 do STF: Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude da circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa.

Portanto, em grau recursal, não se aplica *mutatio libelli*. Por um lado, haveria supressão de um grau de jurisdição (o princípio do duplo grau de jurisdição está implícito na Constituição Federal) e, por outro, a matéria se encontra preclusa. A última oportunidade para se mudar a imputação é antes de ser prolatada a sentença.

Uma vez prolatada a sentença, fica preclusa a possibilidade de mudança de imputação fática.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Se o juiz não observar o disposto no caput ou no parágrafo único do art. 384 do CPP e reconhecer a nova definição jurídica mais gravosa, a sentença será nula, podendo ser reconhecida a nulidade e declarada a ineficácia da sentença em grau recursal ou revisão criminal.

Somos, ante o exposto, pela concessão da ordem para que se redimensione a pena aplicada ao Paciente, excluindo-se a causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal.

Destarte, ante o evidente constrangimento ilegal, urge redimensionar a pena. Assim, obedecidas as diretrizes fixadas pelo acórdão condenatório e excluindo-se da condenação a causa de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal, fixo a pena do paciente no mínimo legal previsto no preceito secundário da norma incriminadora (art. 214, c.c. art. 224, *a*, do Código Penal), qual seja, 6 anos de reclusão.

Ante o exposto, **concedo** a ordem para fixar a pena do paciente em 6 anos de reclusão.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0191797-3

HC 149.139 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20050210026235 262352005

EM MESA

JULGADO: 22/06/2010
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUCIANO PEREIRA GRÉGGIO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : J F DOS S

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra os Costumes

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 22 de junho de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário