



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.706 - RJ (2011/0246349-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : IRACEMA VAZ RAMOS LEAL - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : IRACEMA VAZ RAMOS LEAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : D M V

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO PELA GENITORA DA VÍTIMA. OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE. DEVER DE IMPEDIR O RESULTADO. CRIME COMISSIVO POR OMISSÃO. ART. 13, § 2º, DO CP. AUTORIA. CONDIÇÃO DE GARANTE. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 226, II, DO CP. ASCENDÊNCIA DO AUTOR DO DELITO SEXUAL. *BIS IN IDEM*. INADMISSIBILIDADE. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ELEMENTO INERENTE AO TIPO PENAL. MAUS-TRATOS. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PENA NÃO FIXADA. OMISSÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE CORREÇÃO PELO TRIBUNAL. *REFORMATIO IN PEJUS*.

1. Condenada a ré pela prática do delito de atentado violento ao pudor, por omissão imprópria (art. 13, § 2º, do CP), a posição de garantidora, estabelecida apenas em razão da condição de ascendente da vítima, passa a ser elementar do tipo penal, motivo pelo qual, configura *bis in idem* a consideração do mesmo fato para determinar o recrudesimento da pena, seja como circunstância judicial, seja como causa de aumento de pena (art. 226, II, do CP).

2. Condenada a ré pelo crime de maus-tratos, sem a fixação da pena correspondente, é vedado ao Tribunal revisor, em recurso exclusivo da defesa, corrigir a omissão, sob pena de violação do princípio do *ne reformatio in pejus* (art. 617 do CPP). Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena da paciente, pelo delito de atentado violento ao pudor, a 10 anos de reclusão, em regime fechado, e para anular a pena imposta ao delito de maus-tratos, pelo Tribunal de origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 13 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.706 - RJ (2011/0246349-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo impetrado em benefício de **D M V**, apontando-se como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 24 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de atentado violento ao pudor e maus-tratos, praticados contra seu filho de apenas 3 anos de idade (arts. 214, c/c o 226, I e II, a, e 136, ambos na forma dos arts. 13, § 2º, a, 29 e 71, todos do Código Penal e art. 9º da Lei n. 8.072/1990).

Interposta Apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* deu-lhe parcial provimento para, afastando a incidência do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, redimensionar a pena da ré a 20 anos de reclusão, em regime fechado, e para fixar em 2 meses de detenção, em regime aberto, a pena pelo delito de maus-tratos (Apelação n. 0122208-74.2008.8.19.0042). Confira-se a síntese do julgado (fls. 254/255):

CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COM AS CAUSAS ESPECIAIS DO ARTIGO 226, I E II, "A" DO CÓDIGO PENAL, E DE MAUS TRATOS, COM A APLICAÇÃO DO ARTIGO 9º DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS – CONDUTA PRATICADA AGORA INCRIMINADA NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL, ESTUPRO DE VULNERÁVEL – APLICAÇÃO DA LEI ANTIGA POR SER MAIS FAVORÁVEL À APELANTE – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – APELANTE QUE TERIA O DEVER LEGAL DE EVITAR QUE SEU FILHO, MENOR DE TRÊS ANOS, FOSSE CONSTRANGIDO PELO PAI À PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL, NO CASO, FELAÇÃO – CRIME PARCIALMENTE CONFESSADO EM JUÍZO E ADMITIDO PERANTE PROMOTORA DE JUSTIÇA – PROVA ORAL PRODUZIDA APTA A COMPROVAR SER A APELANTE CÚMPLICE DO NEFANDO DELITO, RESSALTANDO-SE DEPOIMENTOS DA AVÓ DA VÍTIMA, MÃE DA APELANTE – SE A AGENTE CRIMINOSA É MÃE DA VÍTIMA, É IMPOSITIVA A APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 226, II DO CÓDIGO PENAL – SE INEXISTEM NOS AUTOS PROVA DE VIOLÊNCIA REAL, INAPLICÁVEL A CAUSA DE AUMENTO DE PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTA NO ARTIGO 9º DA LEI N. 8.072/1990 – SE OS CRIMES FORAM PRATICADOS CONTRA APENAS UMA VÍTIMA, IMPOSSÍVEL APLICAR-SE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 71 – RECONHECIDA A CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO AO DELITO SEXUAL, APLICA-SE, *IN CASU*, O *CAPUT* DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL, AUMENTANDO-SE, NAS CIRCUNSTÂNCIAS, A PENA EM 2/3 (DOIS TERÇOS) – CRIME DE MAUS TRATOS CLARAMENTE CONFIGURADO PELA PROVA PRODUZIDA DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL – PENA, EM RAZÃO DESSE INJUSTO PENAL, EQUIVOCADAMENTE APLICADA NA SENTENÇA – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO PARA CONDENAR A APELANTE COMO INCURSA NAS PENAS DO ARTIGO 214 C/C 226, II N/F DO ARTIGO 71 E ARTIGO 136 C/C ARTIGO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL, À PENA DE 20 (VINTE) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME FECHADO, E 2 (DOIS) MESES DE DETENÇÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO.

Sustenta a impetrante que, condenada a paciente pelo delito de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP), mediante a norma de adequação prevista no art. 13, § 2º, a, do Código Penal – *eis que se enquadraria a ora paciente na figura de agente garantidor que, por ser mãe da vítima, tinha para com ela o dever de proteção* (fl. 6) –, a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso II do art. 226 do Código Penal configura evidente *bis in idem*.

Aduz que, *apenas em razão do fato de ser a ora Paciente progenitora da vítima, possuindo para com ela o dever de cuidado, proteção e vigilância, o crime sexual lhe pôde ser imputado, como delito comissivo por omissão. Assim, constituindo a sua condição de progenitora, no seu caso particular, uma elementar do tipo penal, não poderia esta mesma condição acarretar a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, II, do Caderno Penal* (fl. 7), tampouco determinar o recrudesimento da pena-base.

Argumenta, ainda, que a aplicação da pena pelo Tribunal *a quo* no que se refere ao crime de maus-tratos, *violou o princípio da ne reformatio in pejus, eis que nenhuma pena a este título fora imposta à ora Paciente na sentença condenatória proferida em primeiro grau de jurisdição, a qual transitou em julgado para o Ministério Público* (fl. 12).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, assim, sejam afastadas as ilegalidades contidas na fixação da reprimenda aplicada à Paciente, para reduzir-se a pena-base ao mínimo legal – seis anos de reclusão – afastando-se a exasperação imposta em razão da regra prevista no art. 226, II, do Código Penal, vindo a incidir sobre o quantum de seis anos o aumento resultante do reconhecimento da continuidade delitiva, que o E. Tribunal Estadual fixou em dois terços (2/3), consolidando-se, assim, a pena final no patamar de dez anos de reclusão (fl. 13).

Não houve pedido de liminar.

Prestadas as informações (fls. 285/314), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 317/320).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.706 - RJ (2011/0246349-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Apesar de se ter solidificado o entendimento da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso cabível, o Superior Tribunal de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não aplicando o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

Na espécie, emerge dos autos estar a paciente padecendo de constrangimento ilegal, o que justifica a concessão da ordem de ofício.

A paciente foi denunciada, juntamente com seu companheiro, como incurso nas sanções do art. 214, c/c os arts. 224, a, 226, I e II, na forma dos arts. 13, § 2º, a, e 71, todos do Código Penal. O Juízo processante julgou procedente a ação penal, condenado-a à pena de 24 anos de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para, mantendo a condenação, redimensionar a pena, consoante se depreende dos seguintes excertos (fls. 258/264):

Ab initio deve ser analisada a conduta de atentado violento ao pudor.

Do que se depreende dos autos, consta que enquanto o corréu L V D S, já julgado, constrangia o filho menor de três anos de idade a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, no caso, felação, a Apelante, mãe da vítima menor, não evitava que tal conduta criminosa acontecesse, omitindo-se, apesar de ter o dever legal de evitar, dando causa ao danoso resultado, sendo certo que os atos criminosos foram praticados por diversas vezes.

Por força da Lei n. 10.015/2009, a conduta praticada pela Apelante passou a ser incriminada no art. 217-A do Código Penal, sob o título de estupro de vulnerável. Continua-se, no caso em exame, a se aplicar a lei antiga, por ser mais favorável à Apelante.

Em Juízo, quando interrogada, a Apelante confessou parcialmente os fatos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“... que uma vez viu o L V obrigar o filho a praticar consigo sexo oral;...”
(fls. 117/118)

Perante a Dra. Promotora de Justiça, prestou ela as declarações de fls. 15, das quais se colhe:

“... que realmente ... L V, desde que o menino contava com dois anos de idade, abusava diariamente do filho L, obrigando-o a chupar o seu pênis; que quando o menino não queria “fazer” o pai agredia fisicamente L; ... ; que chegou a contar os fatos para os vizinhos... ; ... quando sua mãe descobriu os fatos... acabou por confirmar a ela os abusos; ... apesar de o fato ter ocorrido por mais de um ano; ... ; ... ; que ... continua a viver com L V...”

A avó da criança NORMA, mãe da Apelante, em Juízo, sob o crivo do contraditório, afirma:

“... que a seus olhos D não apresenta qualquer problema de ordem mental; ... ; que era voz recorrente ... os abusos que L V praticava contra seu filho; que resolveu perguntar ao menor, que à época tinha três anos, se eram verdadeiros aqueles fatos; que o menor contou ...que o pai o obrigava a colocar seu órgão genital na boca; que a depoente perguntou a D...; que D a princípio negou, mas acabou confessando que L V tinha como hábito praticar tais atos; que... aconselhou D a registrar a ocorrência mas esta nada fez; que... ficou combinado que D levaria a criança para exame de corpo de delito, mas também nada foi feito; ... ; ... ; que mesmo após todo ocorrido D permitiu que L V retornasse ao convívio; que D não demonstrou qualquer sinal de arrependimento por sua omissão.” (fl. 95)

Além disso, a testemunha SANDRO (fl. 96) relata:

“... que D não tinha nenhum carinho pelo filho, a quem vivia destratando; que D lhe contou que o pai da criança, seu companheiro, tinha por hábito colocar a criança para fazer sexo oral consigo; que D não demonstrava nenhuma ojeriza pela prática, mostrando, ao contrário, que até a apoiava; que... chegou a advertir D de que a conduta era criminoso, mas D não dava atenção; que D não apresenta nenhum transtorno mental perceptível; ... ; ... ; que D jamais apanhou do companheiro.”

[...]

Indubitável, assim, a prova da autoria delitiva e da culpabilidade da Apelante, a quem cabia o dever legal de impedir que seu companheiro praticasse os atos criminosos contra o pequeno filho de ambos.

Por outro lado, irrelevante a ausência de exame de corpo de delito para comprovar a materialidade em relação a este crime praticado pelo Apelante, por se tratar de injusto penal que não deixa vestígios, sendo o conjunto da prova produzida suficiente para comprová-la.

No que concerne ao delito capitulado nos artigos 136 c/c artigo 71 do Código Penal também ele se comprovou.

Já do relatório do Conselho Tutelar (fls. 16) consta:

“Realizamos visitas a residência de D, onde constamos não haver as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimas condições de se conviver... onde todos os cômodos se encontravam em estado de verdadeira calamidade no que concerne a falta de higiene e limpeza.”

O Relatório Psicossocial de fls. 28, por sua vez, atesta:

“... que a criança apresenta marcas de mordidas nas costas e ao ser questionado sobre as mesmas relatou a mãe social que “a mamãe mordeu” também as suas partes íntimas.”

Comprovados também a autoria e a culpabilidade em relação ao crime de maus tratos.

Sendo irretocável o juízo de reprovação em relação à prática dos dois injustos penais, é de se ressaltar que a continuidade delitiva, em relação ao delito sexual, se mostra claramente comprovado pela farta prova coligida, sendo certo que essa conduta criminosa se protraiu no tempo por mais de um ano, quiçá cerca de dois anos, eis que, na fase da inquisição, a corre D afirmou que a criança passou a ser seviciada a partir dos dois anos de idade.

A pretensão defensiva de afastamento da causa especial de aumento de pena contida no art. 9º da Lei n. 8.072/1990 deve ser acolhida, na medida em que inexistiu, no caso em exame, violência real.

No que concerne à aplicação das penas, vê-se que não foram elas aplicadas com a devida correção, devendo a Magistrada sentenciante atuar com maior atenção nessa parte.

A Magistrada fundamentou devidamente a exasperação da pena-base em razão da exacerbada culpabilidade da Apelante, que não tomou nenhuma atitude para impedir que o próprio filho fosse submetido à felação, pelo que deve ela ser mantida em 8 (oito) anos de reclusão.

Como já explicitado acima, afasta-se o aumento relativo ao art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

Considerando que ao corrêu, já julgado, não se procedeu ao aumento correspondente ao inciso I do art. 226, também aqui, por questão de equidade, tal aumento não deverá ser aplicado.

Por força do disposto no art. 226, II do Código Penal, é a pena-base aumentada de 1/2 (metade), passando para 12 (doze) anos de reclusão.

Afastando-se o parágrafo único do art. 71, deve ser ele aplicado no seu *caput* e em razão da absurda reiteração das condutas, no grau máximo de 2/3 (dois terços), passando a reprimenda para 20 (vinte) anos de prisão.

Com relação ao crime de maus tratos, fixa-se a sanção em 02 (dois) meses de detenção.

Assim, fica a Apelante condenada como incurso nas sanções do art. 214 c/c 226, II, na forma do art. 71, *caput* e art. 136 c/c art. 69, todos do Código Penal, à pena final de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 2 (dois) meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto.

Consoante relatado, sustenta a defesa que, condenada a ré pela prática do delito de atentado violento ao pudor (crime comissivo por omissão – art. 13, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º, do CP), a condição de ser mãe da vítima, passa a ser elementar do tipo penal, motivo pelo qual, configura *bis in idem* a consideração do mesmo fato para determinar o recrudesimento da pena, seja como circunstância judicial, seja como causa de aumento de pena (art. 226, II, do CP).

De fato, assiste-lhe razão. Com efeito, encontra-se incontroverso nos autos que a ré foi condenada pelo crime de atentado violento ao pudor por omissão imprópria, com fundamento na norma de extensão prevista no art. 13, § 2º, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. considerando-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância,
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado,
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Segundo a definição de Guilherme de Souza Nucci, são crimes omissivos impróprios os que envolvem um não fazer, que implica a falta de um dever legal de agir, contribuindo, pois, para causar o resultado. Não tem tipos específicos, gerando uma tipicidade por extensão. Para que alguém responda por um delito omissivo impróprio é preciso que tenha o dever de agir, imposto por lei, deixando de atuar, dolosa ou culposamente, auxiliando na produção do resultado (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, pág. 138).

Nas palavras de Luiz Regis Prado, trata-se de delito especial, pois tão somente aquele que estando anteriormente em uma posição de garantia do bem jurídico, diante de certa situação de perigo, não evita o resultado típico, podendo fazê-lo, é o autor. Desse modo, o autor de um delito de comissão por omissão só pode ser o titular de um dever jurídico especial que implique



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantia da não produção de um resultado típico. Como elemento normativo do tipo de injusto, serve o especial dever de garantidor para delimitar o círculo dos possíveis autores (qualidade especial do sujeito) do delito de comissão por omissão (PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1, Parte Geral, Arts. 1º a 120. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 358 – sem grifos no original).

Nesse contexto, considerando que a particular qualidade da ré de ser genitora da vítima, constitui, como visto, elemento normativo do tipo comissivo por omissão – tipicidade por extensão, prevista pelo art. 13, § 2ª, a, do CP –, configura *bis in idem*, expressamente vedado pela jurisprudência desta Corte, a incidência da causa de aumento de pena, prevista no art. 226, II, do CP, que determina o recrudesimento da reprimenda em metade se o agente é ascendente do ofendido, por caracterizar dupla valoração pelo mesmo fato. Destarte, a paciente foi considerada como garantidora, o que autorizou fosse abrangida pela norma de extensão do tipo penal, apenas em razão da sua condição de ascendente.

No mesmo sentido:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. QUADRILHA. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. QUESTÃO SUPERADA. 2. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE SOBEJO TEMPORAL AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. APELO EM LIBERDADE. MATÉRIAS SUPERADAS. 3. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO PELO CONCURSO FORMAL. QUESTÕES NÃO APRECIADAS NA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 4. ART. 159, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º, DA LEI N. 8.072/1990. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. ADVENTO DA LEI N. 12.015/2009. *LEX MITIOR*. 5. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME. PRECEDENTES. 6. WRIT EM PARTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO, INCLUSIVE DE OFÍCIO.

1. O trancamento da ação penal, por inépcia da exordial acusatória, não se afigura cabível diante da prolação de sentença, na qual o Juízo de primeiro grau examinou abrangentemente as provas carreadas aos autos e entendeu serem suficientes para embasar um decisum condenatório,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrepunhando eventuais nódoas da inicial acusatória, não mais se discute a sua inépcia. Ademais, a mencionada alegação não foi objeto de apreciação pelo Colegiado de origem.

2. O pleito de revogação da prisão preventiva pela ausência de fundamentação idônea, bem como pelo excesso de prazo na instrução, com a permissão do apelo em liberdade, resta superado com o advento do trânsito em julgado do feito.

3. A minoração da pena-base e a redução no acréscimo pelo concurso formal não foram examinados pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, serem apreciados os temas, agora, por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância. De mais a mais, não se verifica a existência de flagrante ilegalidade na dosimetria da reprimenda.

4. **O aumento previsto no § 1º do artigo 159 do Estatuto Repressivo pela idade da vítima aplicado juntamente com o acréscimo do artigo 9º da Lei n. 8.072/1990, não é possível em face da mesma motivação, qual seja, a diminuta idade do ofendido, sob pena de indevido *bis in idem*. Além disso, a Lei n. 12.015/2009, por ser mais benéfica, retroage para abarcar os fatos anteriores à sua vigência, posto que revogou os artigos 223 e 224 do Código Penal, não mais incidindo, portanto, o acréscimo previsto no artigo 9º da Lei n. 8.072/1990.**

5. Diante da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser afastado o óbice para que os requisitos necessários à obtenção da progressão de regime possam ser analisados pela Vara das Execuções.

6. Habeas corpus em parte conhecido e, nessa extensão, concedido a fim de afastar o acréscimo previsto no artigo 9º da Lei n. 8.072/1990 e, de ofício, expurgar o óbice à progressão de regime prisional.

(HC n. 111.720/PE, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15/6/2011)

Outrossim, pelos mesmos fundamentos apresentados, deve ser reconhecido *bis in idem* na fixação da pena-base 2 anos acima do mínimo legal, pela consideração da *exacerbada culpabilidade*, evidenciada pelo fato de a ré não ter tomado *nenhuma atitude para impedir que o próprio filho fosse submetido à felação* (fl. 264).

Por oportuno, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ART. 241 DO ECA. PENA-BASE. MOTIVOS, PERSONALIDADE E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. ILEGALIDADE NA MOTIVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PENA-BASE. PERSONALIDADE, MOTIVOS, CONSEQUÊNCIAS E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONTINUIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DELITIVA SIMPLES. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Os motivos foram analisados de forma desfavorável com base em fundamentos inerentes ao tipo penal, já sopesados pelo legislador para cominar a pena em abstrato ao crime, pois registrou-se, tão somente, que o paciente praticou esse crime "por pura perversão sexual".

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 18 anos, 11 meses e 5 dias de reclusão.

(HC n. 211.327/PB, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/3/2016)

Nesse contexto, passo ao redimensionamento da pena.

Afastada a única circunstância judicial valorada como negativa (culpabilidade), a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 6 anos de reclusão, ausentes agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição da pena, o único acréscimo devido decorre do reconhecimento da continuidade delitiva, fixado em 2/3, o que torna a pena definitiva em 10 anos de reclusão.

O regime inicial fechado deve ser mantido, em obediência ao art. 33, § 2º, a, do Código Penal.

De outro lado, no que se refere à condenação pelo crime de maus-tratos, do exame dos autos depreende-se que, não obstante conste no dispositivo da sentença a condenação pelo referido delito, tipificado no art. 136 do Código Penal, o Magistrado deixou de fixar a pena, o que caracteriza, no ponto, omissão do julgado.

Não opostos embargos de declaração, tampouco recurso de apelação pelo Ministério Público, não poderia o Tribunal revisor sanar a omissão, fixando a pena em 2 meses de detenção, em regime aberto, pois no processo penal não se admite seja agravada a reprimenda do réu, em recurso exclusivo da defesa (art. 617 do CPP), em obediência ao princípio do *ne reformatio in pejus*.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. INDULTO. CONCESSÃO POR ERRO MATERIAL. REVOGAÇÃO POSTERIOR DO BENEFÍCIO. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 160/STF. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1 - O exame dos requisitos legais para o deferimento do indulto não pode ser corrigido como mero erro material.

2 - Diferentemente do processo civil, no processo penal não podem sequer ser corrigidos de ofício os erros materiais, pelo prejuízo evidenciado ao condenado e em razão da não *reformatio in pejus*.

3 - Não tendo o Ministério Público impugnado o indulto concedido, ilegal é a revogação do benefício por erro na aferição de seus requisitos, somente constatado mais de seis meses após.

4 - Recurso ordinário provido para cassar a decisão do juízo de 1º grau que revogou a concessão anterior do indulto.

(RHC n. 54.540/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 29/6/2016)

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. "ERRO MATERIAL" EM RELAÇÃO AO REGIME PRISIONAL RECONHECIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. *REFORMATIO IN PEJUS*. INDEVIDA REVISÃO CRIMINAL *PRO SOCIETATE*. ORDEM CONCEDIDA.

1. Se é certo que a fixação do regime inicial aberto para uma condenação por latrocínio (art. 157, § 3º, do Código Penal) com reprimenda de 18 (dezoito) anos de reclusão, caracteriza evidente "erro material", não menos certo que, no caso concreto, houve o trânsito em julgado da sentença sem que o órgão acusador opusesse embargos de declaração ou interpusesse recurso de apelação. *Dormientibus non succurrit jus*.

2. Tratando-se, com se trata, de Direito Penal adjetivo não se pode falar em correção *ex officio* de "erro material", máxime contra o réu. Tal instituto é próprio do Direito Processual Civil (art. 463, I, do CPC).

3. Na esfera penal prevalece o princípio do *non reformatio in pejus* que impede o agravamento da situação do réu sem uma manifestação formal e tempestiva da acusação nesse sentido. Inteligência da Súmula 160/STF.

4. "Trata-se da cabal confirmação do entendimento de que, neste, como noutros temas, o processo penal não é estruturado por princípios comuns ao processo civil, senão por regras próprias, em razão da prevalência dos interesses públicos que constituem a substância e o objeto permanente do conflito jurídico típico que se presta a decidir e, sobretudo, por força do valor supremo do *jus libertatis*, do qual o processo é concebido e disciplinado como instrumento de tutela". (STF, HC n. 83.545/SP, Ministro Cesar Peluso, Primeira Turma, DJ 3/6/2006)

5. Nesse viés, seja por nulidade absoluta, seja por "erro material", não se pode agravar (quantitativamente ou qualitativamente) a situação do réu sem recurso próprio do acusador, sob pena de configurar indevida revisão criminal *pro societate*. Precedentes do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Ordem concedida para, reconhecendo o trânsito em julgado da condenação, manter o regime inicial aberto, como fixado na sentença (HC n. 176.320/AL, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 17/9/2012).*

No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONTRADIÇÃO ENTRE DISPOSITIVO QUE FIXA A PENA E A RESPECTIVA FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO EXCLUSIVAMENTE PELO RÉU. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Se a sentença condenatória transitou em julgado para o órgão de acusação, que dela não interpôs recurso, não pode o Tribunal competente, ao conhecer da apelação interposta pelo réu, aumentar a pena declarada no dispositivo da sentença sob pretexto de corrigir erro material. O art. 617 do Código de Processo Penal repudia situações em que a reforma da sentença condenatória se opera em detrimento do réu-apelante, quando apenas este se insurgiu contra o julgado. Ordem de habeas corpus deferida (HC n. 88.213/SP, Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 2/2/2007).

Destarte, evidente o constrangimento ilegal suportado pela ré, uma vez que, ao recorrer, teve a sua situação agravada, o que é inadmissível.

Em face do exposto, **não conheço** do presente *writ*. **Concedo**, contudo, ordem de *habeas corpus* de ofício, para **redimensionar** a pena da paciente, pelo delito de atentado violento ao pudor, a 10 anos de reclusão, em regime fechado, e para anular a pena imposta ao delito de maus-tratos, pelo Tribunal de origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0246349-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 221.706 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1222087420088190042 20080420371697 20080421221543 36502008

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: IRACEMA VAZ RAMOS LEAL - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO	: IRACEMA VAZ RAMOS LEAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: D M V
CORRÉU	: LUIZ VANDERLEI DIONÍSIO SANTIAGO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.