



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.379 - SP (2010/0068974-9)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : MATEUS OLIVEIRA MOTO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANA DOS SANTOS PEREIRA
ADVOGADO : ADRIANO CARLOS OLIVEIRA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO
DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. LEI N. 9.455/1997. NULIDADES PROCESSUAIS. COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 706/STF. TORTURA. SUJEITO ATIVO NA CONDIÇÃO DE GUARDA SOBRE AS VÍTIMAS. BABÁ EM RELAÇÃO A MENORES ENTREGUES A SEUS CUIDADOS. DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA, SEM IMPUTAÇÃO DE FATO NOVO. INCLUSÃO PELO ÓRGÃO JULGADOR DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. A nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção é relativa, entendimento consolidado na Súmula 706/STF.

2. Não configura nulidade a atribuição pelo órgão julgador de definição jurídica diversa, sem imputação de fato novo. Hipótese de inclusão da causa de aumento com base nos fatos já narrados na peça acusatória.

3. A conduta da paciente enquadra-se no tipo penal previsto no art. 1º, II, § 4º, II, da Lei n. 9.455/1997. A paciente possuía os atributos específicos para ser condenada pela prática da conduta descrita no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997. Indubitável que o ato foi praticado por quem detinha as crianças sob guarda, na condição de babá.

4. Ausência de ilegalidade na dosimetria da pena, fixada a pena-base acima do mínimo legal, com a devida fundamentação, consideradas as circunstâncias em que cometido o crime contra as crianças, mediante mordidas e golpe com pedaço de pau.

5. A fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena tem previsão na Lei n. 9.455/1997 (art. 1º, § 7º) e também acolhida na jurisprudência da Corte.

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 22 de agosto de 2011 (Data do Julgamento)

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.379 - SP (2010/0068974-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Luciana dos Santos Pereira**, contra acórdão da 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao Recurso de Apelação n. 990.08.174235-7, interposto pela defesa, mantida a condenação da paciente à pena de 3 anos, 2 meses e 3 dias de reclusão.

O impetrante postulou o deferimento de medida liminar para que a paciente aguardasse em liberdade o julgamento do mérito do presente *writ*. No mérito, requer a concessão da ordem para que o acórdão da apelação seja reformado, com a fixação da pena base no mínimo legal e a determinação do regime aberto para o cumprimento da pena. Fundamenta o pedido na existência das seguintes nulidades:

- a) não observância das regras de prevenção previstas no Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo;
- b) julgamento além dos limites propostos pela acusação;
- c) condenação por crime próprio, mesmo a paciente não sendo funcionária pública;
- d) pena-base fixada acima do mínimo legal, sem fundamentação idônea;
- e) regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso do que o previsto em lei.

A liminar foi indeferida (fls. 64/65).

Informações prestadas às fls. 78/104.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 108/113):

HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. NULIDADE PROCESSUAL. INOBSERVÂNCIA DE COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA Nº 706/STF. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EM CONFORMIDADE COM A IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. TORTURA-CASTIGO. CRIME PRÓPRIO QUE EXIGE QUE O SUJEITO ATIVO ESTEJA NA CONDIÇÃO DE GUARDA, PODER OU AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA, O QUE É O CASO. BABÁ EM RELAÇÃO A MENORES ENTREGUES A SEUS CUIDADOS. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.379 - SP (2010/0068974-9)

VOTO

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

A paciente foi denunciada pela prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, III e IV, e § 4º, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, porque teria agredido duas crianças de 3 e 4 anos que estavam sob seus cuidados de babá.

A Juíza da 3ª Vara Criminal e da Infância e Juventude da comarca de São Vicente/SP desclassificou o delito denunciado para o crime previsto no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997 (tortura) (fls. 34/37).

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público apenas para corrigir a qualificação jurídica da conduta da paciente, incluindo causa especial de aumento, capitulada no inciso II do § 4º do art. 1º da Lei n. 9.455/1997 (fls. 44/47).

A paciente, então, foi condenada à pena de 3 anos, 2 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 91/97), tendo a sentença sido confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação interposta pela defesa (fls. 98/104).

O primeiro argumento da impetração refere-se à nulidade decorrente da inobservância da regra de prevenção prevista no Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Para tanto, sustenta que havia sido impetrado, no ano de 2006, *habeas corpus* em favor da paciente, no qual se discutia pedido de liberdade provisória, *writ* que foi distribuído e julgado na 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 48/52) e que, posteriormente, quando interposto recurso em sentido estrito pelo Ministério Público, foi submetido a julgamento na 10ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 44/47).

A tese, contudo, não merece acolhida, pois, como bem disposto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parecer do Ministério Público Federal, a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção é relativa, entendimento consolidado na Súmula 706/STF:

É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção.

Ressalte-se que, na hipótese presente, não há elementos nos autos indicando que a paciente tenha se insurgido, no momento oportuno, contra a distribuição do recurso em sentido estrito à 10ª Câmara do Tribunal de origem. A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS. LIMINAR. INDEFERIMENTO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 691 DO STF. JULGAMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO. ACÓRDÃO PROLATADO. FUNDAMENTAÇÃO PERTINENTE AO EXPOSTO NA INICIAL. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. CONHECIMENTO DO WRIT EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL.

[...]

PROCESSUAL-PENAL. COMPETÊNCIA. FATOS CRIMINOSOS DIVERSOS. COMETIMENTO EM COMARCAS DIFERENTES. CONEXÃO INTERSUBJETIVA E CONTINUIDADE DELITIVA. PREVENÇÃO DE JUÍZO. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE ARGÜIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. SENTENÇAS JÁ PROFERIDAS. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. COAÇÃO ILEGAL NÃO PATENTEADA.

1. A inobservância da regra da prevenção não importa automaticamente na nulidade do feito, posto que não é absoluta, precluindo caso não arguida no momento processual oportuno e através da via correta, nos moldes do art. 108 do CPP. Exegese da Súmula 706 do STF. Precedentes deste STJ.

2. Não sendo oposta a exceção de incompetência na forma e momento processual oportunos, ocorre a preclusão.

3. Tratando-se de nulidade relativa, exigível a demonstração do prejuízo, não efetuado na espécie.

3. A sustentada ocorrência de conexão intersubjetiva concursal pela continuidade delitiva mesmo que viável de ser reconhecida na via restrita do mandamus, não seria determinante da reunião das ações penais que tramitam em juízos diversos, quando já houve sentença condenatória em ambas. Exegese da Súmula n. 235 deste STJ.

4. A aventada ocorrência de continuidade delitiva poderá ser alegada e examinada mais amplamente pelo Juízo da Execução, para fins de soma ou unificação de penas. Inteligência do art. 82, in fine, do Código de Processo Penal.

5. Writ conhecido e ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n. 111.470/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13/10/2009)

No tocante ao segundo tópico da impetração, não verifico a ocorrência da nulidade apontada no julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público. O objeto do recurso ministerial era a desclassificação, determinada pela Juíza de primeiro grau, e o recurso foi provido, apenas parcialmente, para incluir uma causa de aumento de pena que se evidenciava presente já no relato dos fatos feito na peça acusatória. Assim, entendo que não houve, por parte do Tribunal coator, julgamento além dos limites pleiteados pela acusação.

De todo modo, se, no decorrer da instrução criminal, surgissem provas da ocorrência de circunstância elementar não contida na acusação (denúncia ou queixa), os autos deveriam ser remetidos ao Ministério Público para que a petição inicial fosse aditada – em razão da caracterização do instituto da *mutatio libelli* –, sendo necessária, nessa hipótese, a manifestação da defesa acerca da nova imputação.

No caso dos autos, porém, foi expressamente descrito na denúncia que o crime foi cometido contra crianças de 3 e 4 anos, no período em que a paciente trabalhava como babá na residência dos menores. Assim, não houve imputação de fato novo, foi, apenas, atribuída definição jurídica diversa, com a inclusão da causa de aumento, com base nos fatos já narrados na peça acusatória, circunstância que configura *emendatio libelli*, razão por que se afasta o alegado prejuízo advindo à defesa. Com relação ao tema, transcrevo precedentes desta Corte:

*HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. ALEGAÇÃO DE *MUTATIO LIBELLI*. DENÚNCIA QUE DESCREVE OS FATOS APROPRIADAMENTE. MERA *EMENDATIO LIBELLI*. ORDEM DENEGADA.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

4. Em nosso sistema processual penal, o réu defende-se da imputação fática, e não da *imputatio iuris*, sendo, portanto, possível que o magistrado dê nova definição jurídica ao fato narrado na denúncia.

5. Ordem denegada.

(HC n. 135.663/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 12/4/2010)

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. JÚRI. NULIDADE. *MUTATIO LIBELLI*. INOCORRÊNCIA. VÍCIO NA QUESITAÇÃO REFERENTE À FIGURA DO PRIVILÉGIO VERIFICADO. NECESSIDADE DE FORMULAÇÃO DE QUESITOS DIVERSOS, QUE ABRANJAM AS TRÊS HIPÓTESES DA INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. **A adequação da conduta do réu, promovida pelo Ministério Público antes do fim da instrução criminal, sem a efetiva mudança dos fatos dos quais deveria se defender, não constitui hipótese de *mutatio libelli*.** Os quesitos a serem submetidos à apreciação do Conselho de Sentença, devem ser elaborados de forma a facilitar a compreensão dos jurados. A quesitação referente à ocorrência do privilégio deve ser realizada através da formulação de quesitos diversos, que abranjam as três hipóteses de sua incidência, com a finalidade de que os jurados possam ter uma melhor perspectiva da ocorrência, ou não, das circunstâncias que autorizam a aplicação da causa especial de diminuição da pena. Irresignação que merece ser parcialmente provida, apenas para anular o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, para que outro seja realizado, com a observância das regras legais, quanto à formulação dos quesitos a serem apresentados ao Conselho de Sentença. Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do relator.

(REsp n. 443.159/MS, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 17/3/2003).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DISPENSAR OU INEXIGIR LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. INÉPCIA DA DENÚNCIA. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA. INOCORRÊNCIA. *MUTATIO LIBELLI* NÃO CONFIGURADA. MERA *EMENDATIO LIBELLI*. DESNECESSIDADE DE PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES. ORDEM DENEGADA.

[...]

4 - Se o fato criminoso está descrito na denúncia, ainda que não tenha ali sido capitulado, pode o Juiz por ele condenar o acusado, posto que a defesa é contra os fatos e não contra a capitulação do delito.

5 - A *emendatio libelli* é procedida de ofício, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, sem qualquer formalidade prévia.

6 - Ordem denegada." (HC n. 118.622/RS, Ministra Jane Silva, Sexta Turma, DJe 16/2/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De qualquer forma, consta da sentença que, após a determinação do Tribunal de Justiça de São Paulo de incluir a causa de aumento em questão, os autos retornaram ao Juízo de primeiro grau para prosseguimento da ação penal, sendo "superada a fase do art. 499 do CPP, então vigente à época, apresentaram as partes alegações finais, tendo o Ministério Público requerido a condenação da ré, **por infração ao art. 1º, § 4º, inciso II, duas vezes, da Lei n. 9.455/97** e a defesa a absolvição da ré, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de maus tratos ou de lesão corporal, a aplicação de concurso formal ou continuado, a concessão de *sursis* ou regime diferente de fechado" (fl. 93). Com efeito, diante desse quadro, afasto o argumento de que houve julgamento do recurso em sentido estrito além dos limites pleiteados pela acusação.

O terceiro ponto mencionado na impetração refere-se à tese de que a tortura é crime próprio, no qual o sujeito ativo só pode ser funcionário público ou agente estatal.

Também não merece acolhida a irresignação com relação a esse aspecto. A conduta da paciente se enquadra no tipo penal previsto no art. 1º, II, § 4º, II, da Lei n. 9.455/1997. Na descrição contida nos autos, as vítimas estavam sob os cuidados da paciente, que cuidava delas na condição de babá, na própria residência das crianças, enquanto a mãe destas trabalhava. Indubitável, portanto, que o ato foi praticado por quem detinha, sob guarda, os menores. Ressalte-se que o dispositivo prevê como crime a violência praticada contra crianças ou adolescentes, sendo que, no caso, as vítimas eram crianças com 3 e 4 anos de idade.

Ao comentar a Lei n. 9.455/1997, na análise do núcleo do tipo quanto ao art. 1º, II, afirma Guilherme de Souza Nucci que seu objeto "é a pessoa que está sob guarda (vigilância), poder (força típica da autoridade pública) ou autoridade (força advinda de relação de mando, inclusive da esfera cível, como o tutor em relação ao tutelado, o curador no tocante ao curatelado e mesmo os pais em relação aos filhos menores)". E que, assim, o sujeito ativo, que pode ser qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pessoa para a figura do inciso I do art. 1º, passa a ser qualificado para o inciso II, “exigindo atributos específicos, [somente cometendo] essa forma de tortura quem detiver outra pessoa sob sua guarda, poder ou autoridade.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.199).

Sendo assim, escorreito o entendimento do Ministério Público ao considerar que a paciente possuía os atributos específicos para ser condenada pela prática da conduta descrita no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997.

Com relação ao quarto argumento da impetração (fl. 24), verifico que a magistrada, com a devida fundamentação, considerou, na sentença, as circunstâncias em que cometido o crime contra as crianças, mediante mordidas e golpe com pedaço de pau (fl. 96), apenas para fixar a pena-base acima do mínimo legal, sendo o elemento subjetivo do tipo o dolo, também devidamente configurado na conduta da paciente de impor sofrimento aos menores sob sua guarda. Não há reparos, portanto, a fazer na dosimetria da pena, tampouco há falar em *bis in idem*.

Por fim, a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena tem previsão na Lei n. 9.455/1997 (art. 1º, § 7º) e também acolhida na jurisprudência desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. TORTURA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FECHADO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Em face do princípio da especialidade, os condenados pelo crime de tortura, devem cumprir a pena em regime inicial fechado, conforme disposto no art. 1º, § 7º, da Lei n.º 9.455/97.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.071.363/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 29/6/2009)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TORTURA. ART. 1º, § 7º, DA LEI 9.455/97. REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei 9.455/97, em seu art. 1º, § 7º, dispõe expressamente que, salvo a hipótese do § 2º do art. 1º, o condenado pelo crime de tortura iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Ordem denegada.
(HC n. 95.336/DF, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 4/8/2008)

Diante do exposto, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0068974-9

HC 169.379 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10543863

822006

9550283

990081742357

EM MESA

JULGADO: 22/08/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MATEUS OLIVEIRA MOTO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LUCIANA DOS SANTOS PEREIRA

ADVOGADO : ADRIANO CARLOS OLIVEIRA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tortura

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. "

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.