

HABEAS CORPUS Nº 489.694 - SP (2019/0013922-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - SP420671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO LUIS SILVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de MARCELO LUÍS SILVEIRA, contra acórdão proferido pela 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do HC n. 2234396-58.2018.8.26.0000.

De acordo com os autos, o paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Narra a inicial acusatória que ele armazenava em seu aparelho de telefonia móvel vídeos contendo cenas pornográficas envolvendo suas duas enteadas, que, à época dos fatos (2017) contavam com 9 e 11 anos de idade. Segundo apurado, o denunciado instalou uma câmera no espelho do banheiro da residência em que vivia com as duas crianças para obter as imagens.

Antes de receber a denúncia, a Juíza Titular da 1ª Vara Criminal de Barretos/SP analisou o pedido de suspensão condicional do processo. Entendeu a Magistrada ser incabível a concessão do benefício por se tratar de crime cometido contra vítimas do sexo feminino em ambiente doméstico e familiar, atraindo a incidência da Lei n. 11.340/2006, o que impede a concessão dos benefícios previstos na Lei n. 9.099/1995.

A defesa, então, impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça de São Paulo buscando a nulidade da decisão acima mencionada. Por não verificar a presença de constrangimento ilegal apto a autorizar a concessão da ordem, o *habeas corpus* foi denegado pelo Tribunal bandeirante.

Nesta impetração, a defesa se insurge contra o fundamento de

que não é cabível *habeas corpus* contra a inadmissão da suspensão condicional do processo, uma vez que não há previsão de recurso para enfrentar decisão que veda o acesso ao benefício mencionado. Quanto ao mérito propriamente dito, sustenta que houve alteração implícita da capitulação jurídica apresentada pela denúncia, providência que não é viável no momento do recebimento da peça acusatória. Assevera que a *emendatio libelli* só é possível no momento da prolação da sentença, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal.

Conclui pela inaplicabilidade da Lei Maria da Penha ao caso dos autos, porquanto não estão presentes nenhuma das hipóteses do art. 7º daquele diploma legal. Argumenta que, embora o paciente armazenasse fotos e vídeos de suas enteadas no seu telefone celular, não há como afirmar que o fato foi praticado com emprego de violência contra as vítimas.

Em face do exposto, requer, liminarmente, a suspensão da audiência de instrução, debates e julgamento até a conclusão do julgamento deste *writ*. No mérito, busca a declaração de nulidade da decisão que indeferiu a proposta de suspensão condicional do processo.

O pedido liminar foi indeferido pela Presidência desta Corte (e-STJ fls. 49/50).

O parecer do Ministério Público Federal é pela concessão da ordem (e-STJ fls. 73/77).

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais

importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão, de ofício, da ordem.

O pedido formulado pelo impetrante cinge-se ao reconhecimento da nulidade da decisão que, ao receber a denúncia, não autorizou a suspensão condicional do processo por entender que o benefício não é aplicável ao caso em tela.

No entanto, a tese aduzida não pode ser apreciada nesta Corte, já que não foi objeto de debates pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que não conheceu da impetração.

De fato, há que se destacar o acerto do acórdão quando afirma não ser cabível *habeas corpus* na espécie. A teor do entendimento desta Corte, *contra decisão que concede, nega ou revoga suspensão condicional do processo cabe recurso em sentido estrito* (Resp 601924/PR, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo Fonseca, DJU de 07/11/05; Resp 296343/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 16/09/02; Resp 263544/CE, 6ª Turma, Rel. Hamilton Carvalhido, DJU de 19/12/02). (RMS 23.516/RJ, Rel. Ministro FELIX FISHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2007, DJe 03/03/2008).

Desse modo, a questão de fundo apresentada neste *writ* não pode ser apreciada sob pena de indevida supressão de instância.

Ilustrativamente:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. 1. DENÚNCIA PELO CRIME TENTADO. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PEDE A CONDENAÇÃO PELO CRIME CONSUMADO EM ALEGAÇÕES FINAIS. MUTATIO LIBELLI. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE INOCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO FÁTICA. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 2. FALTA DE PROVAS SOBRE A CONSUMAÇÃO DO CRIME. ALEGAÇÕES QUE DEPENDEM DE APROFUNDADA INCURSÃO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. NECESSIDADE. HABEAS CORPUS. MEIO INCOMPATÍVEL. 3. EXCESSO DE PRAZO. QUESTÃO SUPERADA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. 3. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NESTA PARTE, DENEGADA.

1. Não tendo sido a matéria tratada pelo tribunal a quo, não é de ser conhecido o pedido relativo à ocorrência de mutatio libelli, sob pena de indevida supressão de instância. Inexistente, ademais flagrante ilegalidade, pois teve a defesa a oportunidade de contrariar os argumentos do Ministério Público e inocorrente alteração dos fatos narrados na denúncia.

2. O habeas corpus não se presta a uma aprofundada incursão no conjunto probatório, de molde a constatar a consumação ou não do crime de roubo.

3. O alegado excesso de prazo em razão da anulação pleiteada fica superado, ainda mais considerando-se que o paciente encontra-se definitivamente condenado.

4. Ordem conhecida em parte, e nesta parte, denegada. (HC 58.454/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009)

E, apenas como reforço argumentativo, e levando em consideração o parecer ministerial favorável à concessão da ordem, não se verifica, de plano, nenhuma ilegalidade de modo a justificar a concessão da ordem *ex officio*.

A questão aqui posta se resolve com a análise do momento adequado para que se faça o ajuste da capitulação trazida na denúncia. Como

se sabe, esse procedimento tem lugar na prolação da sentença, quando o Magistrado pode proceder à *emendatio* ou mesmo à *mutatio libelli*, nos termos dos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal.

Essa adequação se faz necessária para compreender se a conduta supostamente praticada pelo ora paciente autoriza ou não a incidência dos benefícios previstos na Lei n. 9.099/1995, especialmente aquele previsto no 89, que trata da suspensão do processo nos crimes cuja pena mínima não ultrapasse um ano, desde que atendidas certas condições.

Neste caso, a descrição dos fatos levou a magistrada a concluir que os delitos foram praticados em circunstâncias que, a princípio, atraem a tutela da Lei n. 11.343/2006, pois os crimes foram cometidos contra duas enteadas do acusado, em ambiente doméstico e, a princípio, essa circunstância seria suficiente para afastar, nos termos do art. 41 da Lei Maria da Penha, a incidência da Lei n. 9.099/1995.

Não é possível verificar, de plano, a existência de excesso de acusação possível de ser sanado na via eleita. Como se sabe, o réu se defende dos fatos e não da capitulação atribuída pelo Ministério Público, motivo pelo qual apenas ao final da instrução criminal é possível ao Juízo de origem enquadrar os fatos narrados ao fato típico em que melhor se ajustam. Portanto, mesmo as instâncias ordinárias, que têm amplo acesso ao conjunto fático e probatório dos autos, em regra, só podem proceder ao ajuste da capitulação no momento da sentença condenatória.

Apenas excepcionalmente admite-se a adequação típica por ocasião do recebimento da denúncia, com o objetivo de corrigir equívoco evidente que esteja interferindo na correta definição da competência ou na obtenção de benefícios legais, em virtude do excesso acusatório ou proteção deficiente, tal como ocorre neste caso. Isto porque, por um lado, não se pode negar que aos acusados devem ser asseguradas as garantias previstas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, mas, por outro lado, não se

pode negar que o ordenamento jurídico penal selecionou bens juridicamente relevantes aos quais não se deve dar proteção deficiente.

Diante disso, cabe à Magistratura, em seu mister de aplicar a lei aos casos concretos, sob influência do princípio da proporcionalidade, de um lado zelar pela proteção não apenas das garantias constitucionais asseguradas aos investigados, acusados e condenados, mas, de outro, também assegurar que os bens jurídicos essenciais não sejam deficitariamente protegidos.

No caso destes autos, a Juíza de Primeiro Grau procedeu à *emendatio libelli*, pois atribuiu definição jurídica diversa ao conjunto fático descrito na peça acusatória, sendo dispensável o aditamento da exordial ou abertura de prazo, pois, como já dito, o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não da classificação jurídica a eles atribuída pelo Ministério Público ou querelante.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMENDATIO LIBELLI NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NOS CASOS EXCEPCIONAIS EM QUE ESTA CORTE SUPERIOR A ADMITE. DESCLASSIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O momento adequado para aplicar o instituto da *emendatio libelli*, nos termos do art. 383 do CPP, é o da prolação da sentença, porquanto o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação legal nela contida - que é dotada de caráter provisório.

2. Admite-se, excepcionalmente, a antecipação da *emendatio libelli* se a equivocada subsunção típica prejudicar a competência absoluta ou o rito procedimental, ou se houver restrição de benefícios penais por excesso de acusação, o que não ocorre *in casu*.

3. A denúncia apresentada atende aos requisitos descritos no art. 41 do CPP. A desclassificação da conduta para o crime de falsidade material de atestado ou certidão demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp

1268233/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ,
SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 11/03/2019)

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **nego seguimento** ao *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

