

RECURSO ESPECIAL Nº 1.757.015 - RS (2018/0192949-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : L DOS S
ADVOGADO : JAIR DA VEIGA FILHO - RS090907
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, interposto em desfavor de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática dos delitos tipificados no art. 217-A, caput e § 1º c/c art. 226, II, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal (estupro de vulnerável), à pena de 10 (dez) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, que restou desprovido por acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIME.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ATOS LIBIDINOSOS).

PRELIMINAR. ADITAMENTO DA DENÚNCIA.

Rejeito a preliminar suscitada pela defesa, eis que o aditamento foi realizado em momento oportuno, portanto, válido, e de acordo com as alegações trazidas pela vítima em seu depoimento.

CONDENAÇÃO. *Mantida a condenação, diante do conjunto probatório, indubitoso em relação à ocorrência do delito e a autoria, através da palavra da vítima segura, com noção de tempo e espaço, quanto ao fato de o réu passar a mão pelo seu corpo, especialmente nos seus seios, por cima e por baixo da roupa, bem como pela palavra do seu genitor e do seu irmão que percebeu a mudança de comportamento da menina.*

RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. *A conduta do réu se revela consumada quando, para satisfazer sua lascívia, constrange a vítima a atos libidinosos, como o passar a mão em todo o seu corpo, especialmente seus seios, pernas e vagina, por cima e por baixo da roupa.*

REFORMATIO IN PEJUS. *Tendo havido por ocasião do aditamento à denúncia alteração na descrição dos fatos envolvendo a prática delitiva imputada ao réu, não há que se falar em reformatio in*

pejus.

PENA. DOSIMETRIA. Pena-base mantida.
RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO.

Na petição de recurso especial, a defesa aponta violação ao disposto no art. 617 do Código de Processo Penal. Sustenta a ocorrência de *reformatio in pejus*, porquanto, após a anulação da primeira sentença condenatória, foi proferido édito condenatório com sanção superior à imposta anteriormente.

Contrarrazões às fls. 778/781.

Admitido o recurso (fls. 784/789), os autos vieram a esta Corte.

Parecer ministerial pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 802/806).

É o relatório. Decido.

O recurso merece provimento.

O Tribunal de origem negou a ocorrência de *reformatio in pejus*, afirmando que é possível a fixação de sanção superior à imposta anteriormente, devido à possibilidade de aditamento à denúncia para incluir causa de aumento de pena, consoante trechos do acórdão recorrido (fls. 728/729):

5- Existência ou não de reformatio in pejus.

Observa-se que a denúncia capitulou a conduta do réu no artigo 217-A, §1º, do Código Penal (fls. 02/03), tendo sido recebida em 24/04/2013 (fl. 34). A audiência de instrução e julgamento ocorreu em 30/04/2015, ocasião em que foram ouvidas todas as testemunhas, inclusive o réu e a vítima, e declarada encerrada a instrução (fl. 285). Foi prolatada sentença de procedência da denúncia pela magistrada “a quo”, em 18/05/2015 (fls. 308/317). Inconformado, o réu recorreu da sentença pleiteando a decretação de nulidade por cerceamento de defesa, a desconstituição da sentença, e a absolvição do réu, ante a insuficiência probatória (fls. 339/367). Em sede de recurso, a sentença foi desconstituída pela decisão da 5ª Câmara Criminal (fls. 388/394-v.). E 05/10/16, houve o aditamento da denúncia (fl. 434 e v.), o qual foi recebido pela Magistrada em 27/10/2016 (fl. 448).

Verifica-se que a nova sentença proferida após a nulidade declarada por esta Câmara, tendo suporte no aditamento a denúncia, restou com pena superior à pena do acusado anteriormente fixada que era de 09 (nove) anos de reclusão.

Tendo em vista a aplicação do artigo 226, inciso II e do artigo 71, caput, ambos do Código Penal a pena restou em 10 (dez) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, o que resta

mantida.

O Ministério Público em seu parecer apontou para a necessidade da redução da pena, tendo em vista a reformatio in pejus, aparente razão assiste ao Ministério Público considerando o teor do artigo 617 do Código de Processo Penal, que dispõe:

“O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

Aparentemente seria o caso dos autos, todavia, após a declaração do reconhecimento da nulidade processual no julgamento da Apelação nº 70065832115 houve aditamento do Ministério Público observando-se o disposto no artigo 569 do Código Processo Penal. O tipo continua a ser o mesmo, foi apenas aditada as causas de aumento.

Assim sendo, entendo não está à situação de aditamento após nulidade processual submetida ao princípio da não reformatio in pejus, pois houve alteração na descrição dos fatos envolvendo a prática delitiva imputada ao réu.

Voto, pois, em rejeitar a preliminar, e no mérito, em negar provimento ao recurso defensivo.

Todavia, "Está pacificado na jurisprudência o entendimento de que, havendo novo julgamento provocado por anulação do processo em recurso exclusivo da defesa, a sentença não pode ser mais gravosa ao réu" (HC 139.621/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016).

A respeito:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDICAÇÃO DE VÍCIO INTEGRATIVO. PRESCRIÇÃO. ANULAÇÃO DO FEITO. VEDAÇÃO AO REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE APRECIÇÃO PELO COLEGIADO EMBARGADO. REJEIÇÃO DOS ACLARATÓRIOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL. CONSTATAÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 61, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

(...)

2. É entendimento deste Sodalício que a proibição do agravamento da situação do acusado, prevista no artigo 617 do Código de Processo Penal, também se estende aos casos em que há a anulação da decisão recorrida, por intermédio de recurso exclusivo da defesa ou por meio de impetração de habeas corpus, de tal sorte que o órgão

jugador que vier a proferir novo julgamento ficará vinculado aos limites da pena in concreto imposta na decisão anulada, não podendo, de forma alguma, recrudescer a sanção, sob pena de operar-se a vedada reformatio in pejus indireta.

(...)

5. Embargos de declaração rejeitados, com declaração, de ofício, de extinção da punibilidade do agente, por força da prescrição da pretensão punitiva estatal. (EDcl no AgRg no AREsp 596.663/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 01/08/2018 - Grifo Nosso).

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para anular o feito e determinar que nova condenação observe o limite da pena atribuída no primeiro julgamento que restou anulado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator