



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 408.472 - SP (2017/0173198-3)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : V I DA S (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE DIADEMA - SP

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 214, C/C O ARTIGO 226, II, NA FORMA DOS ARTIGOS 69 E 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. INDETERMINAÇÃO QUANTO AO NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO MÍNIMA PELA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE HABITUALIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que, "*em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações*" (Resp 1.699.051/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 6/11/2017).

2. Não obstante, em se tratado de crimes sexuais, em que o contexto delituoso comprovadamente se dá em habitualidade ou por extenso período, não se exige a demonstração do número exato de infrações, permitindo-se ao julgador a exasperação da reprimenda em fração superior à mínima prevista no *caput* do art. 71 do Código Penal (precedentes).

3. Na hipótese, muito embora conste da exordial acusatória referência ao cometimento dos crimes em "*datas variadas, próximas ao dia 08 de outubro de 2008*", consignou-se a existência de um contexto delitivo reiterado, corroborado pelo depoimento das vítimas no sentido de que "*o pai tinha o hábito de lamber-lhes as costas, esfregar o seu órgão genital no corpo delas, bem como, as forçava chupá-lo, o que causava enjôo e vômito*", e que "*O genitor também acariciava a vagina delas e passava os dedos em suas nádegas*". Afirmou-se, ademais, que, mesmo após advertência da genitora das vítimas para que tal situação não mais ocorresse, uma delas "*contou que o pai 'colocou ela de castigo, e passou a mão na vagina, e disse que só ia fazer carinho e ficou passando o dedo na vagina dela' [sic]*".

4. Assim, a despeito de não haver precisão acerca da quantidade de infrações cometidas, demonstrou-se certa habitualidade nos abusos, circunstância que, somada à ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporcionalidade na fixação da fração de 1/5 para o aumento da reprimenda na terceira fase em razão da continuidade delitiva, não enseja o reconhecimento de flagrante ilegalidade a ser sanada pela presente via.

5. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 21 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 408.472 - SP (2017/0173198-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **V I DA S (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE DIADEMA - SP**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública da União em benefício de V I DA S, em face da decisão de e-STJ fls. 102/103, na qual a em. Ministra Presidente do Superior Tribunal de Justiça declarou a incompetência da Corte para processamento deste *writ*, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Eis o teor da mencionada decisão, *in verbis*:

Trata-se de habeas corpus, impetrado em favor próprio por V I DA S.

Em sua petição, escrita de próprio punho pelo Paciente/Impetrante, requer a concessão da ordem a fim de que cesse o constrangimento ilegal que afirma sofrer.

É o relatório. Decido.

Mediante informações de fls. 51/99, percebe-se, preliminarmente, a incompetência deste Tribunal Superior para análise do presente mandamus, uma vez que deveria ter sido impetrado perante a autoridade hierarquicamente superior àquela de onde provém o alegado constrangimento ilegal.

Assim, o pedido não merece ser conhecido por esta Corte, por não se enquadrar em hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARTS. 240 E 241-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO E RISCO DE NOVA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VEDAÇÃO AO HABEAS CORPUS PER SALTUM. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A única manifestação levada a efeito pelo Tribunal local diz respeito à prejudicialidade da impetração, pela concessão de liberdade provisória ao paciente.
2. Fica impossibilitada a manifestação deste Sodalício, sobrepujando a competência da Corte Estadual, sob pena de configuração do chamado habeas corpus per saltum, a ensejar verdadeira supressão de instância e violação aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal substancial.
3. Ante a falta de manifestação do Colegiado Estadual, percebe-se a incompetência desta Corte Superior para o processamento e julgamento deste writ, já que inexistente ato a ser imputado à autoridade coatora, nos termos do art. 105, I, alínea "c", da Constituição Federal, bem como do art. 13, I, alínea "b", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.
4. Habeas corpus não conhecido." (HC 360.513/TO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 21-E, inciso IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, declaro a incompetência desta Corte para processar o presente writ e determino a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, recomendando-se o envio de cópia dos autos à Defensoria Pública local, para adotar as providências pertinentes.

Contra tal decisão, insurge-se o ora recorrente, por intermédio da Defensoria Pública da União.

Nas razões do agravo regimental, aduz que o constrangimento ilegal apontado tem como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sustentando a competência do Superior Tribunal de Justiça para apreciação do writ.

Afirma, nesse sentido, que, de uma análise do acórdão proferido na origem, "*percebe-se que o e. TJSP fixou o aumento oriundo da continuidade delitiva das condutas em 1/5 (um quinto), apesar de reconhecer a dúvida acerca do efetivo número de delitos praticados*" (e-STJ fl. 117).

Pondera que, "*Considerando a incerteza quanto ao número de vezes que as condutas perpetradas contra as duas vítimas ocorreram – fato expressamente admitido no voto-condutor do acórdão – e a brevidade do período narrado na exordial*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusatória, é forçosa a fixação da fração de aumento em seu patamar mínimo, tendo em vista que a continuidade delitiva deve ser pautada pela quantidade de infrações" (e-STJ fls. 117/118).

Requer, assim, o provimento do recurso a fim de fixar a fração de aumento de pena, com relação à continuidade delitiva, no patamar mínimo.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 408.472 - SP (2017/0173198-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Como visto, pretende o agravante o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da fração de aumento utilizada - 1/5 - na terceira fase da dosimetria, em função da continuidade delitiva.

Colhe-se dos autos que o ora agravante foi condenado em primeira instância pela prática do delito previsto no art. 217-A, c/c os artigos 225, § 1º, e 226, inciso II, na forma dos artigos 69 e 71, todos do Código Penal, à pena de 27 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Da sentença, verifica-se o seguinte trecho, no que pertine ao objeto dessa impetração (e-STJ fls. 77 e 82/83):

[...], qualificado nos autos, foi denunciado como incurso no artigo 214, caput, c.c. o artigo 224, letra "a", artigo 225, § 1º, inciso II, artigo 226, inciso II, artigo 61, inciso II, alíneas "e" e "h", todos do Código Penal e artigo 9º, da Lei 8072/90, sendo tudo combinado, ainda, com o artigo 71, parágrafo único, também do Código Penal, porque, em datas variadas, próximas ao dia 08 de outubro de 2008, em horários igualmente diversos e não especificados, no interior da residência situada à [...], nesta Cidade e Comarca, em continuidade delitiva, na condição de genitor biológico e abusando do pátrio poder exercido sobre as ofendidas, suas filhas, mediante violência presumida ante a idade das vítimas (crianças de apenas 04 anos de idade na ocasião dos fatos), constrangeu [...] e [...] a permitir que com elas se praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

[...]

O réu é primário, pelo que fixo a sua pena-base no mínimo legal, em seis (06) anos de reclusão, aumentada, entretanto, da metade (1/2), "ex vi" do artigo 226, inciso IX, do Código Penal (réu é genitor das vítimas) ficando, a pena, fixada em nove (09) anos de reclusão. Tendo em vista, conforme relato seguro das vítimas, a existência de crime continuado, por longo período de tempo, aumento a pena em metade, nos termos do artigo 71 do Código Penal, ficando, a pena definitiva, fixada em 13 anos e 06 meses de reclusão em relação a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cada uma das vítimas. Por fim, considerando-se serem duas as vítimas, a teor do artigo 69 do CP, somo as reprimendas, totalizando 27 anos de reclusão. (grifei)

Interposta apelação, bem asseverou o Tribunal de origem que o magistrado de piso *"atribuiu corretamente o valor quantitativo à pena-base, mas considerando a alteração legislativa introduzida pela Lei nº 12.015/09, tipificou incorretamente a infração penal no art. 217-A do Código Penal, quando na realidade, pela data da ocorrência dos fatos, a saber, meados de outubro de 2008, deveria ter tipificado no art. 214 do Código Penal, tal como constou na denúncia"* (e-STJ fl. 62).

Ao final, deu-se parcial provimento ao recurso interposto a fim de redimensionar a pena, aplicando-se a fração de 1/5 quanto à continuidade delitiva, restando fixada a pena do ora agravante em 21 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime fechado (e-STJ fls. 53/63).

Transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto do acórdão reprochado (e-STJ fls. 55/63)

*Narra a inicial acusatória que, em datas variadas, **próximas ao dia 08 de outubro de 2008**, em horários diversos e não especificados na cidade e comarca de Diadema, o apelante, em continuidade delitiva, na condição de genitor biológico e abusando do pátrio poder exercido sobre as suas filhas gêmeas, com 04 anos de idade, na ocasião dos fatos, mediante violência presumida, no interior de sua residência, constrangeu-as a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal (fls. 01d/05d).*

Os relatórios psicossociais carreados aos autos (fls. 91 e 99/100) e o demais conjunto probatório atestam a materialidade delitiva.

Com a autoria não foi diferente.

V. I. DA S., ao ser ouvido na fase policial, negou os fatos a ele imputados detalhando que suas filhas tiveram problemas ginecológicos e que K., coçava muito o seu órgão genital, o que causava dor e deixava o local assado enquanto E. foi curada pelos remédios ministrados. Afirmou que quem higienizava as meninas era a sua esposa, pois acreditava que tal tarefa não lhe cabia por ser homem (fls. 17/19, 197/198 e 199/200). Em juízo, manteve a negativa dos fatos, entretanto, declarou que ajudava no banho e na troca de roupa das crianças (mídia digital encartada aos autos às fls. 210).

Sua narrativa, dissociada do contexto probatório, não foi suficiente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para afastar sua responsabilidade penal.

As menores E. N. DA S. e K. N. DA S., nascidas aos 16/06/2004, ouvidas em ambas as fases, apesar da tenra idade, deixaram claro que foram sexualmente abusadas (basta assistir o vídeo). Narraram que V. I. ficava sozinho com elas enquanto a mãe estava trabalhando. **Declinaram que o pai tinha o hábito de lambe-lhes as costas, esfregar o seu órgão genital no corpo delas, bem como, as forçava chupá-lo, o que causava enjôo e vômito. O genitor também acariciava a vagina delas e passava os dedos em suas nádegas. Além disso, demonstraram a ausência de vontade em manter contato com o genitor** (fls. 13/14 e 15/16 e mídia digital encartada aos autos às fls. 210).

V. N. DA S., mãe das gêmeas, indagada em ambas as fases, declarou que E. reclamou de dor na vagina e, ao examinar a filha, a declarante encontrou marcas com aparência de beliscões. Após indagar a criança, teve ciência que o pai "havia puxado a pele em cima da vagina" [sic].

Aconselhou-se, portanto, em seu local de trabalho e também procurou o Centro de Atendimento às Mulheres (Casa Beth Lobo), onde houve a recomendação de advertir o marido para que tal situação não mais ocorresse. Porém, após a advertência, E. contou que o pai "colocou ela de castigo, e passou a mão na vagina, e disse que só ia fazer carinho e ficou passando o dedo na vagina dela" [sic].

Ao perceber que se tratava de abuso sexual, V. noticiou os fatos à Delegacia e expulsou V. I. de casa. A menor K., ao perceber que ele deixara o local, imputou-lhe os mesmos fatos e explicou que seu genitor colocava uma coisa rosa, com um buraquinho que cheirava xixi na sua boca" [sic] (mídia digital de fls. 210), o que lhe fazia vomitar.

Asseverou que o genitor buscava as crianças de duas a três vezes por semana na creche e ficava sozinho com as mesmas cerca de uma ou duas horas.

Detalhou que não realizou o exame de corpo de delito imediatamente, tendo em vista que a princípio não imaginou que a vermelhidão no corpo das crianças era abuso sexual, por isso, a princípio, apenas advertiu V. I. (fls. 09/12 e mídia digital encartada aos autos às fls. 210).

A testemunha de acusação R. C. DA S. afirmou ser vizinha do casal e observou que as crianças, por conta dos acontecimentos, mudaram o comportamento, permanecendo amedrontadas. Exemplificou que quando tocava a campainha elas corriam e se escondiam e chegaram a contar-lhe que o pai pedia para ficarem nuas (fls. 38).

As psicólogas, Andréa Hardt da Silva Melo e Kátia Dias Alves, as quais trataram do estado emocional das menores, consoante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detalhado na sentença, constaram o abuso por elas sofrido "A psicóloga Andréa, ouvida em juízo (fl 208) disse ler acompanhado a vítima no Crami, no período de fevereiro a dezembro de 2009, sendo que conseguiu evidenciar sinais de abuso "através da fala da própria criança e de brincadeiras com bonecos lúdico... ela trazia cenas de atividades sexuais". Falou claramente pela sua experiência profissional, que "não é imagina da criança é possível quando tem uma imaginação, uma fantasia da criança e quando ela está trazendo fatos que de alguma forma ela vivenciou". Por fim, afirmou a testemunha que K "se referia à irmã dizendo que o pai havia judiado dela e da irmã" e que não verificou qualquer sinal de manipulação por parte da genitora das vítimas em relação as menores. A testemunha Kátia (DVD 208), psicóloga que acompanhou a vítima E. afirmou existirem "fortes indícios" de abuso sexual, esclarecendo que a mesma é uma criança difícil de conversar, já que é mais tímida e retraída. Entretanto, disse que "os desenhos dela mostravam o que ela queria dizer", já que faziam referência ao órgão sexual masculino. A testemunha também não percebeu qualquer sinal de manipulação materna em relação à vítima" (fls. 260/261 e mídia digital de fls. 208).

As testemunhas de defesa, M. C. F. DA S. e M. B., apenas referenciais, atestaram à boa conduta do acusado, no entanto, em nada contribuíram para rechaçar o delito imputado a V. I. (mídia digital de fls. 208).

A tese entabulada pela defesa não se mostrou convincente.

O exame de corpo de delito, como regra, é perícia obrigatória, destinada à comprovação da materialidade das infrações que deixam vestígios, salvo se estes desaparecerem, caso em que a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal.

[...]

No caso dos autos, os vestígios desapareceram, eis que os exames foram realizados após considerável decurso de tempo da prática delitiva, daí a conclusão pela ausência de elementos aptos a demonstrar a prática dos atos libidinosos (fls. 29/30 e 85).

Além do mais, em se tratando de crimes sexuais, nem sempre a conduta do agressor deixa vestígios, mormente nos atos libidinosos.

Ocorre que as provas carreadas aos autos apontaram com certeza à veracidade dos fatos descritos na denúncia.

Vejamos.

Os laudos psicossociais do Centro Regional de Atenção aos Maus Tratos na Infância do ABCD, feitos por profissionais gabaritados e experientes, constatarem indicativos de abuso sexual (fls. 91 e 99/100), motivo pelo qual as crianças foram encaminhadas à psicoterapia e permanecem em tratamento na instituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também no deixa duvida, em especial as declarações das ofendidas, habilmente conduzidas pela MM. Juíza a quo, e demais prova testemunhal produzida pela acusação, demonstraram-se seguras e coesas, nada havendo para afastá-la.

Diante de tal conjunto probatório, firme e seguro, não há dúvidas da ocorrência do crime, mostrando-se necessários pequenos reparos na reprimenda imposta.

O culto magistrado a quo, atribuiu corretamente o valor quantitativo à pena-base, mas considerando a alteração legislativa introduzida pela Lei nº 12.015/09, tipificou incorretamente a infração penal no art. 217-A do Código Penal, quando na realidade, pela data da ocorrência dos fatos, a saber, meados de outubro de 2008, deveria ter tipificado no art. 214 do Código Penal, tal como constou na denúncia.

Ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base foi mantida no mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão. Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena foi devidamente aumentada de 1/2 (metade), em virtude do art. 226, II, do Código Penal, por ser o réu genitor das vítimas, perfazendo 09 (nove) anos de reclusão.

Ocorre que o aumento, em virtude da comprovada continuidade delitiva, praticada em desfavor das duas vítimas, demonstrou-se exagerado, até porque, conforme asseverado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, não se sabe o efetivo numero de delitos praticados, devendo, pois, a pena ser aumentada de 1/5, conduzindo a 10 (dez) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito).

Por fim, considerando-se serem duas as vítimas, a teor do art. 69 do Código Penal, as reprimendas devem ser somadas, que totalizam 21 (vinte e um) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão em regime inicial fechado. (grifei)

Inicialmente, insta consignar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

Na hipótese, cinge-se a controvérsia à definição do adequado percentual de aumento em função da continuidade delitiva, em razão da indeterminação do número de infrações cometidas e da brevidade do período em que perpetradas as condutas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consoante alegado nas razões do agravo regimental, "*Considerando a incerteza quanto ao número de vezes que as condutas perpetradas contra as duas vítimas ocorreram – fato expressamente admitido no voto-condutor do acórdão – e a brevidade do período narrado na exordial acusatória, é forçosa a fixação da fração de aumento em seu patamar mínimo, tendo em vista que a continuidade delitiva deve ser pautada pela quantidade de infrações*" (e-STJ fls. 117/118).

Apreciando o tema, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que, "*em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações*" (REsp 1699051/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 6/11/2017).

Por outro lado, não se pode olvidar que, em se tratado de crimes sexuais, em que o contexto delituoso comprovadamente se dá por longo período ou reiteradamente, não se exige a demonstração do número exato de infrações, permitindo-se ao julgador a exasperação da reprimenda em fração superior à mínima prevista no *caput* do art. 71 do Código Penal.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DILIGÊNCIAS DEFENSIVAS INDEFERIDAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE CRIMES INDETERMINADO. LONGO PERÍODO DE TEMPO. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "*não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes*" (REsp. 1.519.662/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, j. em 18/8/2015, DJe 1/9/2015).

2. A alegação de insuficiência de provas para a condenação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demanda o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via do recurso especial. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3. Embora impreciso o número exato de eventos delituosos, esta Corte Superior tem considerado adequada a fixação da fração aumento no patamar acima do mínimo nas hipóteses em que o crime ocorreu por um longo período de tempo, como na espécie, em que ficou demonstrada que a vítima foi abusada diversas vezes entre os cinco e oito anos de idade. Ademais, afigura-se inviável exigir a exata quantificação do número de eventos criminosos, sobretudo em face da pouca idade da vítima à época.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1003600/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017, grifei)

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR DE AUMENTO. NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AFASTAMENTO. FRAÇÃO DE 2/3. IMPOSIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações.

2. A Corte de origem, conquanto haja delineado e reconhecido a ocorrência de múltiplos (e incontáveis) crimes de estupro, entendeu por bem negar a realidade e, na dúvida, excluir o aumento da pena pela continuidade.

3. O julgador está autorizado a majorar a reprimenda na fração máxima pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar inconteste que os abusos de natureza sexual faziam parte da rotina familiar, como no caso.

4. Na espécie, ficou incontroverso, pela moldura fática exposta, que se distanciou para muito mais de sete o número de vezes em que o recorrido molestou a vítima, porquanto o próprio Tribunal de origem salientou que o réu, durante cerca de 2 anos, sempre obrigou a vítima a manter relação sexual contra a sua vontade e se valeu "de sua ascendência moral e da condição de pai e provedor", para que a ofendida não falasse nada a ninguém.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1377150/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 06/03/2017, grifei)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMETIMENTO DE CRIME COM VIOLÊNCIA REAL. QUANTUM EXASPERAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES EM ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IMPRECISÃO DO NÚMERO DE CRIMES. REITERAÇÃO POR PERÍODO DE 6 MESES CONTRA DUAS VÍTIMAS VULNERÁVEIS. FRAÇÃO DE AUMENTO DE 2/3. PROPORCIONALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de habeas corpus se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel.

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013). Precedentes.

3. O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes parcelares que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, a norma extraída do art. 71, caput, do Código Penal exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie ; III) condições semelhantes de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional); IV) e, por fim, adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista, a doutrina e jurisprudência inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente.

4. No que tange à continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, além daqueles exigidos para aplicação do benefício penal da continuidade delitiva simples, são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concomitantemente requisitos da modalidade específica que os crimes praticados: I) sejam dolosos; II) realizados contra vítimas diferentes; e III) cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

5. Os crimes de estupro de vulnerável, consistentes em conjunção carnal e outros atos libidinosos, foram, de fato, praticados contra duas vítimas, contudo, com violência presumida, motivo pelo qual não deve incidir a regra da continuidade delitiva específica. Isso porque, a violência de que trata a continuidade delitiva especial (art. 71, parágrafo único, do Código Penal) é real, sendo inviável aplicar limites mais gravosos do benefício penal da continuidade delitiva com base, exclusivamente, na ficção jurídica de violência do legislador utilizada para criar o tipo penal de estupro de vulnerável, se efetivamente a conjunção carnal ou ato libidinoso executado contra vulnerável foi desprovido de qualquer violência real, como no caso em tela.

6. A exasperação da pena do crime de maior pena, realizado em continuidade delitiva, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Nesse diapasão esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

7. Entrementes, em especial nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, torna-se bastante complexa a prova do exato número de crimes cometidos. O contexto apresentado nos autos, evidencia que o paciente mantinha relações sexuais com as duas vulneráveis, por incontáveis vezes, por um período de 6 meses, sendo impossível precisar a quantidade e conjunções carnis ou atos libidinosos praticados, imprecisão esta que não deve levar o aumento da pena ao patamar mínimo, diante da patente desproporcionalidade e vulneração da individualização da pena. Por conseguinte, nesse contexto, a exasperação da pena na fração máxima de 2/3 pela continuidade delitiva é de rigor.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fazer incidir o benefício penal da continuidade delitiva simples, na fração de 2/3, e estabelecer a pena de 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

(HC 232.709/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016, grifei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 214 DO CÓDIGO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE CRIMES INDETERMINADO. LONGO PERÍODO DE TEMPO EM QUE A VÍTIMA SE SUJEITOU AOS CONSTRANGIMENTOS. FATOS INCONTROVERSOS. ESCOLHA DA FRAÇÃO DE AUMENTO. SÚMULA N. 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO. POSSIBILIDADE.

1. Cuidando-se da reavaliação dos critérios jurídicos utilizados pelo Tribunal de origem na apreciação de fatos incontroversos, não incide o óbice do verbete sumular n. 7 dso STJ.

2. Em regra, a escolha da quantidade de aumento de pena em virtude do reconhecimento da continuidade delitiva considera o número de infrações praticadas pelo agente.

3. Na hipótese de crimes sexuais em que os episódios ocorrem durante longo período, não é viável exigir a quantificação exata do número de eventos criminosos.

4. Mostra-se adequada, no caso, a exasperação da reprimenda em fração superior à mínima prevista no art. 71, caput, do CP, pois os fatos criminosos perduraram por vários meses.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1283840/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 25/09/2014, grifei)

Ressalte-se, nesse sentido, que a permissão para a exasperação da reprimenda em patamar superior a 1/6, nesses casos, implica a demonstração de habitualidade delitiva. Em outras palavras, demanda a comprovação de que a prática criminosa dar-se-ia por período alongado, muito embora impreciso o número de infrações cometidas pelo agente.

Consoante bem asseverou o Ministro Rogério Schietti Cruz, por ocasião do julgamento do REsp 1377150/MG, acima transcrito, o julgador está inclusive autorizado **"[...] a majorar a reprimenda na fração máxima pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar inconteste que os abusos de natureza sexual faziam parte da rotina familiar"**.

Da análise da sentença e do acórdão proferido pelo Tribunal a quo, entendo configurada habitualidade suficiente a permitir o aumento de pena, na terceira fase da dosimetria, em fração superior à mínima de 1/6.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É que, não obstante conste da exordial acusatória referência ao cometimento dos crimes em "*datas variadas, próximas ao dia 08 de outubro de 2008*" (e-STJ fl. 77), consignou-se, no acórdão proferido pelo Tribunal de origem, a existência de um contexto delitivo reiterado.

Isto porque as vítimas, no caso, "*Declinaram que o pai tinha o **hábito** de lambe-lhes as costas, esfregar o seu órgão genital no corpo delas, bem como, as forçava chupá-lo, o que causava enjôo e vomito*", e que "*O genitor também acariciava a vagina delas e passava os dedos em suas nádegas*".

Afirmou-se, ademais, que mesmo após advertência da genitora das vítimas para que tal situação não mais ocorresse, uma delas "*contou que o pai 'colocou ela de castigo, e passou a mão na vagina, e disse que só ia fazer carinho e ficou passando o dedo na vagina dela' [sic]*".

Nesse tear, muito embora não exista, na espécie, precisão ou determinação acerca da quantidade de infrações cometidas, pode-se concluir pela existência de certa habitualidade nos abusos, circunstância que, somada à ausência de desproporcionalidade na fixação da fração de 1/5 para o aumento da reprimenda na terceira fase, não enseja o reconhecimento de flagrante ilegalidade a ser sanada pela presente via.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0173198-3

AgRg no
HC 408.472 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00280749120088260161 1610120080280749 17462008 280749120088260161
990103682939

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : V I D A S
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE DIADEMA - SP
PACIENTE : V I D A S (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : V I D A S (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : JUIZ DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE DIADEMA - SP

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, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.