



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.982 - PE (2016/0208208-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : F P DE O J
ADVOGADO : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(S) - PE011308
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. **HABEAS CORPUS** DE OFÍCIO CONCEDIDO SOMENTE EM RELAÇÃO AO ALEGADO **BIS IN IDEM** NA DOSIMETRIA DA PENA, PORQUANTO VERIFICADA, APENAS NESTE PONTO, FLAGRANTE ILEGALIDADE.

I - A ausência de prequestionamento das questões relativas à ocorrência de **bis in idem** na segunda fase da dosimetria da pena, bem como em relação ao percentual de aplicação da continuidade delitiva e, ainda, quanto à aplicação do concurso material, a despeito da interposição dos aclaratórios, é óbice ao exame de tais matérias pela Corte Superior, a teor da Súmula 211/STJ.

II - Em que pese a carência de prequestionamento, foi concedido **habeas corpus de ofício**, ante a verificação de flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, especificamente a ocorrência do indevido **bis in idem**. É que, no caso, valorou-se negativamente o fato de o recorrente ser ascendente das duas vítimas tanto na primeira fase, para fixar a pena-base acima do mínimo legal, quanto na terceira fase do cálculo da pena, como causa de aumento prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal.

III - As demais matérias tratadas no apelo, quais sejam, fração de aumento aplicada pela continuidade delitiva e aplicação do concurso material -, **não foram prequestionadas** e não se verifica qualquer flagrante ilegalidade em relação a elas.

Agravo regimental **desprovido**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Votou vencido o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.982 - PE (2016/0208208-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por F P DE O J contra decisão da minha relatoria (fls. 1.534-1.538), na qual **neguei provimento** ao seu recurso especial em virtude da ausência de prequestionamento da matéria objeto do apelo, concedendo, entretanto, a **ordem de ofício** para redimensionar a pena definitiva do recorrente por vislumbrar a presença de ilegalidade que diz respeito à negatização da culpabilidade.

Em suas razões, sustenta o agravante que, na espécie, persiste flagrante ilegalidade na pena-base e *"mesmo concedendo parcialmente a ordem de ofício, o Exmo. Ministro Relator deixou de afastar outras duas flagrantes ilegalidades na pena: (I) aplicação do patamar máximo da continuidade para cada uma das vítimas, mesmo admitindo a ocorrência do delito apenas em 03 ocasiões e (II) aplicação do concurso material ante a existência de duas vítimas, mesmo após o reconhecimento pela sentença da possibilidade de se aplicar o crime continuado"* (fls. 1.557-1.558).

Requer, nesses termos, a reconsideração da decisão agravada ou, caso contrário, a submissão da matéria ao Colegiado.

Por manter o **decisum**, apresento o feito à eg. Turma para julgamento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.982 - PE (2016/0208208-7)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. **HABEAS CORPUS** DE OFÍCIO CONCEDIDO SOMENTE EM RELAÇÃO AO ALEGADO **BIS IN IDEM** NA DOSIMETRIA DA PENA, PORQUANTO VERIFICADA, APENAS NESTE PONTO, FLAGRANTE ILEGALIDADE.

I - A ausência de prequestionamento das questões relativas à ocorrência de **bis in idem** na segunda fase da dosimetria da pena, bem como em relação ao percentual de aplicação da continuidade delitiva e, ainda, quanto à aplicação do concurso material, a despeito da interposição dos aclaratórios, é óbice ao exame de tais matérias pela Corte Superior, a teor da Súmula 211/STJ.

II - Em que pese a carência de prequestionamento, foi concedido **habeas corpus de ofício**, ante a verificação de flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, especificamente a ocorrência do indevido **bis in idem**. É que, no caso, valorou-se negativamente o fato de o recorrente ser ascendente das duas vítimas tanto na primeira fase, para fixar a pena-base acima do mínimo legal, quanto na terceira fase do cálculo da pena, como causa de aumento prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal.

III - As demais matérias tratadas no apelo, quais sejam, fração de aumento aplicada pela continuidade delitiva e aplicação do concurso material -, **não foram prequestionadas** e não se verifica qualquer flagrante ilegalidade em relação a elas.

Agravo regimental **desprovido**.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Em que pesem os argumentos do agravante, o recurso não merece prosperar, devendo ser mantido o **decisum** ora agravado:

"[...]"

Decido.

Verifico que a presente irresignação não reúne condições de admissibilidade. Isso porque as apontadas violações aos arts. 59, 69 e 71, todos do Código Penal, **não foram objetos de prequestionamento.**

Importante gizar que se pacificou no âmbito desta Corte o entendimento segundo o qual o só fato de terem sido opostos embargos declaratórios não supre a falta de pronunciamento do eg. Tribunal de origem sobre o tema. É preciso, portanto, que a **quaestio** seja efetivamente objeto de julgamento perante o órgão jurisdicional **a quo.**

Se, a despeito da oposição dos embargos, a matéria não for ventilada, caberá então o apelo raro apontando violação, de forma efetiva e esclarecedora, ao **art. 619 do CPP**, sendo vedado, nesse último caso, alegar diretamente violação aos dispositivos legais atinentes ao mérito da discussão.

Assim, observa-se que o eg. Tribunal **a quo** não examinou as teses ora deduzidas, esta Corte, portanto, fica impedida de apreciar tais questões no recurso nobre, por ausência de prequestionamento, conforme dicção das Súmulas 211 do Superior Tribunal de Justiça e 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 211 DESTA CORTE E 282 E 356, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. **A mera oposição de embargos de declaração não supre o requisito do prequestionamento se a matéria de que trata não foi especificamente analisada no Tribunal de origem, a teor da Súmula n. 211 desta Corte, bem como das Súmulas n. 282 e 356, ambas do Supremo Tribunal Federal.**

2. **Agravo regimental improvido"** (AgRg no Ag n. 1.366.147/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Regina Helena Costa**, DJe de 26/9/2013).

"[...]"

Com efeito, as questões relativas à ocorrência de **bis in idem** na segunda fase da dosimetria da pena, bem como em relação ao percentual de aplicação da continuidade delitiva e, ainda, quanto à aplicação do concurso material, do modo com expostas no apelo extremo, careceram de prequestionamento pelo eg. Tribunal **a quo**, a despeito da interposição dos aclaratórios, sendo defeso o exame de tais matérias pela Corte Superior, a teor da Súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

211/STJ.

Ressalto ademais que, tendo sido o recurso especial interposto antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (2015), adequada a incidência de tal Enunciado Sumular, pois não se aplicavam as alterações realizadas na legislação processual civil, notadamente o art. 1.025, que reza: *"Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."*

Lado outro, embora não tendo sido tais matérias tratadas pela eg. corte de origem, foi concedido **habeas corpus de ofício**, quanto à alegada tese de ocorrência de **bis in idem**, **por se ter verificado, de fato, a configuração de tal procedimento**, nos seguintes termos, **verbis**:

"No entanto, vislumbra-se a presença de ilegalidade que demanda a concessão de habeas corpus de ofício no que diz respeito à negatificação da culpabilidade do ora recorrente.

Para a adequada delimitação da quaestio, colaciono a seguir excerto da r. sentença primeva, relevante no ponto:

'Entendo que a dosimetria da pena merecer ser feita de forma única para, em seguida, ser aplicar as regras da continuidade delitiva e do concurso de crimes, já que os crimes foram perpetrados de forma idêntica contra ambas as vítimas. Agindo assim, estarei evitando uma repetição desnecessária, sem, contudo, afastar-me dos preceitos do princípio da individualização da pena.

Levando em consideração as circunstâncias judiciais fixadas no art. 59, do CP, entendo que a culpabilidade que recai sobre a conduta do agente é de extrema reprovabilidade, posto que o acusado é pai das menores abusadas. Sobre os antecedentes, não consta nos autos registro de outra condenação criminal em seu desfavor. A conduta social é boa, pois há notícia de ser pessoa trabalhadora. Quanto à personalidade do agente, existem inúmeros relatos de ser pessoa agressiva. Os motivos do crime foram próprios da natureza do delito, vale dizer, a satisfação da sua lascívia. As circunstâncias pesam contra o acusado, já que os abusos sexuais foram praticados durante o período em que as vítimas, passavam férias escolares e finais de semana com ele. As únicas conseqüências do crime são os danos psicológicos sofrido pelas menores, nada além. O comportamento das vítimas não influenciou para o cometimento do crime.

Ante a análise acima, observo que existem circunstâncias desfavoráveis ao agente (culpabilidade e circunstâncias), pelo que elevo a pena base para fixá-la em 10 (dez) anos de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A segunda e terceira fases da aplicação da pena serão analisadas conjuntamente. Verifico a presença da circunstância agravante prevista no art. 61, II, 'e', do Código Penal, todavia, deixo de aplicá-la in casu, uma vez que para os crimes sexuais existe previsão específica de **causa de aumento de pena no art. 226, II, também do Código Penal, devendo prevalecer a norma especial**. A aplicação de ambas (circunstância agravante e causa especial de aumento de pena) configura afronta ao princípio do non bis in idem.

Por isto, **elevo a pena na sua metade**, passando a reprimenda ao patamar de 15 (quinze) anos de reclusão.

Considerando que os crimes de estupro de vulnerável foram praticados em continuidade delitiva em relação a cada vítima, na forma estampada no art. 71, do CP, aumento a pena no patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços), passado esta a 25 (vinte e cinco) anos de reclusão.

Por tratar de concurso material de crimes, tendo como vítimas Z.C.S. e A.T.C.O., utilizou-me da regra do art. 69, do CP, para somar as penas de cada delito praticado, fixando, em definitivo, a pena de 50 (cinquenta) anos de reclusão.

[...] (fls. 977-978).

Portanto, verifica-se a ocorrência indevida do bis in idem por ter o magistrado sentenciante valorado o fato de o recorrente ser ascendente das vítimas tanto na primeira fase para fixar a pena-base acima do mínimo legal quanto na terceira fase do cálculo da pena, como causa de aumento prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal.

[...]

Necessário, portanto, **nova dosimetria** da pena.

Logo, a **pena-base** deve ser reduzida, mostrando-se razoável sua fixação em **9 anos** de reclusão, porquanto mantida a negativação da circunstância do delito. Na segunda fase, inexistem quaisquer circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, haja vista a existência de **causa de aumento específica** prevista no art. 226, inciso II, do CP, fixa-se a pena em **13 anos e 6 meses** de reclusão.

Por fim, mantida a mesma fração referente à continuidade delitiva na forma do **art. 71 do CP**, fixa-se a pena em **22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses** de reclusão.

Caracterizado o concurso material de crimes, na forma do art. 69 do CP, somo as penas para fixar a **sanção definitiva em 45 (quarenta e cinco) anos**.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial. Concedo, entretanto, a **ordem de ofício** para redimensionar a pena definitiva do recorrente para **45 (quarenta e cinco) anos de reclusão**" (fls. 1.537-1.538).

Todavia, as outras matérias tratadas no apelo extremo - **fração de aumento aplicada pela continuidade delitiva e aplicação do concurso material** -, também não foram objeto de apreciação específica pelo eg. Tribunal **a quo** e não se verifica, em relação a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elas, qualquer flagrante ilegalidade.

Com efeito, **relativamente à aplicação do crime continuado, correta a aplicação do percentual máximo, já que, conforme consta de testemunhos trazidos no bojo do v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de origem, as práticas delituosas contra as filhas-vítimas iniciaram em meados de 2010, estendendo-se até o ano de 2012. Assim, não se podendo detectar o número exato de investidas criminosas contra as vítimas, mostra-se adequada aplicação do percentual máximo trazido no art. 71, caput, do CP.**

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA (ART. 213 C/C O ARTIGO 224, ALÍNEA "A", C/C O ARTIGO 226, INCISO II, DO CP). ATOS COMETIDOS DIVERSAS VEZES DURANTE QUATRO ANOS. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO DO PATAMAR DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. Verifica-se que não se pode extrair dos autos o número exato de condutas criminosas praticadas pelo ora agravante. Ocorre que tal constatação, ao revés do decidido pelo Tribunal a quo, não impede que a pena reclusiva seja majorada na terceira fase em fração superior à mínima.

2. 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 a vítima alega que era abusada dia sim dia não, devendo ser levado em consideração o fato de ter sido abusada pela primeira vez quando tinha 07 anos e ter engravidado com 11 anos. Ademais, se afigura inviável exigir a exata quantificação do número de eventos criminosos, sobretudo em face da pouca idade da vítima à época.

3. Considerando que as instâncias ordinárias reconheceram que os eventos delituosos contra a vítima ocorreram no período de 4 anos, tenho como ilegal a fixação da causa de aumento no mínimo legal, mostrando-se adequado o acréscimo pela continuidade delitiva na fração máxima de 2/3 (art. 71 do Código Penal).

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp n. 1.420.282/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 17/8/2016, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 226, II, NA FORMA DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. *Esta Corte sedimentou o entendimento de que na fixação do quantum de aumento de pena pela continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas. Na espécie, tendo em vista que a reiteração delituosa perdurou do ano de 2002 a 2010, não tendo sido apontado um número exato de infrações, todavia sendo ressaltado pela vítima (filha do paciente) que ocorreu com regularidade por reiteradas vezes, não há qualquer impropriedade no incremento em 2/3 (dois terços).*

63. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 351.849/MS, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 21/6/2016).

Ademais, quanto à aplicação do **concurso material**, a **conduta delituosa - estupro de vulnerável - foi praticada contra duas vítimas, filhas do réu. Uma delas, de pouco mais de um ano à época dos fatos, morava com o réu em Fernando de Noronha-PE e era objeto da reiterada prática criminosa desde, pelo menos, 2010 até 2012, conforme v. acórdão recorrido. A outra filha, com sete anos de idade à época, não morava com o réu à época dos fatos, mas passava férias escolares com ele, em Fernando de Noronha e também em Recife, locais de prática do delito contra esta vítima, de 2010 a 2012.**

Assim, embora as condutas criminosas tenham sido praticadas contra as vítimas em um mesmo contexto fático quando as duas se encontravam na casa do réu em Fernando de Noronha, **o foram, também, em contextos diversos, considerando que a filha mais nova era abusada rotineiramente no ambiente doméstico e, a mais velha, quando passava férias com o réu em Fernando de Noronha e Recife.** E, o afastamento tal conclusão, de modo a repelir o concurso material de crimes, implicaria o revolvimento fático-probatório, defeso nesta via nos termos da súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0208208-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.618.982 / PE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00500566920128170001 0990690380042420123 382280600 500566920128170001
9906903800424201213

PAUTA: 06/10/2016

JULGADO: 18/10/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : F P DE O J
ADVOGADOS : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(S) - PE011308
TALITA DE VASCONCELOS MONTEIRO CARIBÉ - PE023792
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : F P DE O J
ADVOGADO : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(S) - PE011308
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental, no que foi acompanhado pelo voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, pediu vista o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca."

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0208208-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.618.982 / PE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00500566920128170001 0990690380042420123 382280600 500566920128170001
9906903800424201213

PAUTA: 25/10/2016

JULGADO: 17/11/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : F P DE O J
ADVOGADOS : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(S) - PE011308
TALITA DE VASCONCELOS MONTEIRO CARIBÉ - PE023792
RITA NOGUEIRA MACHADO E OUTRO(S) - PE040793
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : F P DE O J
ADVOGADO : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(S) - PE011308
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental e o voto-vista do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca dando parcial provimento ao agravo regimental, pediu vista o Sr. Ministro Jorge Mussi."

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.982 - PE (2016/0208208-7)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de recurso especial que tem por objeto alegações de violação a dispositivos legais aplicáveis à dosimetria da pena imposta ao recorrido, condenado à pena de 50 (cinquenta) anos de reclusão pela prática do crime de estupro de vulnerável em detrimento de suas filhas.

Defende-se, em síntese, que o fato de ser ascendente das vítimas foi considerado tanto majorar a pena-base, como para fazer incidir a causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, caracterizando, assim, indevido *bis in idem*; e que não seria aplicável ao caso o concurso material de delitos, mas a continuidade delitiva prevista no artigo 71 do Estatuto Repressor.

Por meio da decisão monocrática de fls. 1.534/1.538, o eminente Relator negou provimento ao recurso especial, mas concedeu ordem de *habeas corpus* de ofício para reconhecer o apontado *bis in idem*, fixando nova reprimenda em 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão.

Interposto agravo regimental pela defesa, o eminente Relator negou-lhe provimento, mantendo as conclusões já exaradas na decisão monocrática agravada.

Inaugurando a divergência, o eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca concede *habeas corpus* de ofício em maior extensão para reconhecer não só a ocorrência do apontado *bis in idem*, mas também a configuração, no caso concreto, da continuidade delitiva entre os delitos praticados contra as duas vítimas, fixando ao final a reprimenda em 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Para melhor análise das questões jurídicas controvertidas, pedi vista dos autos.

E compulsando os atos processuais encartados, entendo por não configurado o instituto da continuidade delitiva na hipótese, com as devidas vênias às conclusões exaradas pelo eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no voto divergente.

Inicialmente, cumpre fazer uma observação acerca do precedente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

retirado do julgamento do REsp 1.598.077/SE, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado pela Sexta Turma em 28.6.2016, especificamente na parte em que se conclui pela impossibilidade de incidência da regra do concurso material nos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados mediante violência presumida.

Com a devida vênia ao entendimento ali externado, não há como se afastar, *a priori* e de modo absoluto, a figura do concurso material nos casos de estupro praticados com violência presumida contra vítimas diferentes, à míngua de razão jurídica ou lógica que sustente tal afirmação.

Com efeito, o concurso material deve ser tido como regra nas hipóteses em que o agente pratica dois ou mais crimes, ao passo que as demais ficções jurídicas encartadas nos artigos 70 e 71 do Código Penal - concurso formal e continuidade delitiva - somente têm incidência quando configurados os respectivos requisitos específicos, seja de ordem objetiva ou subjetiva.

O que não se pode admitir - e aí a jurisprudência desta Corte Superior, de fato, não admite - é a incidência da regra prevista no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal nos casos em que, configurada a continuidade delitiva, o fato caracterizador da violência exigida para a subsunção ao tipo penal é presumido, como ocorre no estupro de vulnerável.

Isto porque o tratamento mais gravoso ao casos de continuidade delitiva disciplinados pelo parágrafo único do artigo 71 do Código Penal se deve ao fato da prática ter se dado mediante grave ameaça ou violência real, não servindo a sua presunção para incidência desta modalidade, razão pela qual, nestes casos, configurados os seus requisitos, aplica-se a regra prevista no *caput* do aludido diploma legal.

A propósito:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)

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.

(...)

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)

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INFRINGÊNCIA AO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. AUSENTE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(

5. Não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes sexuais perpetrados mediante violência presumida, mas sim o disposto no art. 71, caput, do CP.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir da pena imposta.

(HC 159.476/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016)

Dessa forma, caso não configurados os requisitos da continuidade delitiva ou do concurso formal, e tratando-se de pluralidade de crimes praticados pelo mesmo agente, mesmo nos casos de violência presumida, não há razão jurídica que impeça a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência da regra contida no artigo 69 do Código Penal, a qual, entendo, deve ser mantida no caso em apreço.

Com efeito, conforme destacado pelo eminente Relator, as instâncias de origem concluíram, com base no acervo probatório produzido no decorrer da instrução criminal, que os abusos aconteceram não só na residência do recorrente, localizada em Fernando de Noronha/PE, em detrimento de ambas as vítimas, mas também nas oportunidades em que este se encontrava na cidade de Recife, quando investia contra a filha mais velha que ali residia com a mãe.

Sobre a necessidade de conformação de todos os requisitos para configuração da continuidade delitiva, oportunas são as lições de Alberto Silva Franco:

(...) As condições já referidas constituem os dados necessários à comprovação de elemento estrutural do crime continuado, ou seja, a existência do nexo de continuidade entre as ações e as omissões postas em prática. Assim, todas elas, embora não definidas legalmente, devem apresentar-se como ocorrentes, segundo os critérios que a própria jurisprudência estruturou. Se falta a condição de tempo ou se se omite a maneira de execução, de crime continuado não se trata por carência de seu dado estruturante, ou seja, a relação entre condutas delitivas que permita a conclusão de que as condutas subsequentes não passaram em verdade de continuação da primeira dessas condutas. Destarte, para que o agente obtenha um tratamento penal em caso que se adapta, em princípio, ao concurso material de infrações penais, é mister que demonstre a presença inequívoca das condições exigíveis para o reconhecimento do nexo de continuidade. (FRANCO, Alberto Silva et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 396)

No caso, estendendo o recorrente as suas condutas para fora do seu ambiente domiciliar, onde comumente praticava os abusos, não há como se ter por configurada a identidade espacial necessária à incidência da continuidade delitiva.

Ante o exposto, rogando vênias, mais uma vez, à divergência inaugurada pelo eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, acompanho o voto do Relator.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.982 - PE (2016/0208208-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : F P DE O J
ADVOGADO : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(S) - PE011308
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de agravo regimental interposto por F P de O J contra decisão da relatoria do Ministro Felix Fisher, na qual foi negado provimento ao recurso especial e concedida a ordem de ofício para redimensionar a pena definitiva do recorrente para 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão.

Nas razões recursais, sustenta a parte agravante flagrante ilegalidade na fixação da pena e *mesmo concedendo parcialmente a ordem de ofício, o Exmo. Ministro Relator deixou de afastar outras duas flagrantes ilegalidades na pena: (I) aplicação do patamar máximo da continuidade para cada uma das vítimas, mesmo admitindo a ocorrência do delito apenas em 03 ocasiões e (II) aplicação do concurso material ante a existência de duas vítimas, mesmo após o reconhecimento pela sentença da possibilidade de se aplicar o crime continuado* (e-STJ fls. 1557/1558).

Requer, nesses termos, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão da matéria ao colegiado.

Pedi vista dos autos para melhor analisar o caso e formar o meu convencimento acerca das alegações.

Quanto ao Recurso Especial, estou inteiramente de acordo com o eminente Relator. Há obstáculos formais. A negativa de seguimento não merece qualquer reparo em sede de agravo regimental.

No mais, em que pese a alteração do acórdão recorrido quanto à pena-base, entendo, *data venia*, que deve ser concedida, de ofício, ordem de *habeas corpus*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em maior extensão. Explico.

O Juiz de primeiro grau entendeu ser a hipótese de aplicar o concurso material, tratado no art. 69 do Código Penal, e somou as reprimendas aplicadas em relação a cada vítima, o que tornou a pena definitiva em 50 (cinquenta) anos de reclusão.

Esta Corte Superior de Justiça, em decisão monocrática do digno Min. Felix Fischer, concedeu a ordem de ofício para redimensionar a pena definitiva do recorrente para 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes de estupro praticados contra vítimas diversas, desde que preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva e o de ordem subjetiva.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES DE ESTUPRO. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. VÍTIMAS E MODUS OPERANDI DIVERSOS. AUSÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes de estupro praticados contra vítimas diversas, desde que preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva e o de ordem subjetiva.

3. Nessa esteira, a caracterização da continuidade delitiva, embora possível, pressupõe a existência de ações praticadas em idênticas condições de tempo, lugar e modo de execução (requisitos objetivos), além de um liame a indicar a unidade de desígnios (requisito subjetivo).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Hipótese em que o Tribunal a quo concluiu pela inexistência de liame subjetivo entre as ações praticadas contra as três vítimas, além de ser diversificado o modus operandi. Entendimento em sentido contrário demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, inviável na via estreita do writ.*

5. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 325.120/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016)

PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. VÍTIMAS DIVERSAS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. ADVENTO DA LEI N. 12.015/2009. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL. ALEGAÇÃO DE HABITUALIDADE CRIMINOSA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. CRIME HEDIONDO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990.

1. *A reforma trazida pela Lei n. 12.015/2009 condensou num só tipo penal as condutas anteriormente tipificadas nos arts. 213 e 214 do CP, constituindo, hoje, um só crime constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.*

2. *Diante disso, não há mais nenhum impedimento à aplicação da regra do crime continuado no caso, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL), sendo certo que o fato de os crimes terem sido praticados contra vítimas diversas não impede o reconhecimento do referido instituto, notadamente quando os atos tiverem sido praticados no mesmo contexto fático.*

[...]

6. *Agravo regimental parcialmente provido, para reconhecer a hediondez do delito praticado pelo recorrido, mantido, contudo, o regime semiaberto fixado na origem (AgRg no REsp 1.359.778/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 26/3/2015).*

[...] *ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMAS DISTINTAS. CONTINUIDADE DELITIVA. POSSIBILIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO DIPLOMA PENALISTA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DA UNIDADE DE DESÍGNIOS ENTRE AS CONDUTAS. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

2. *É possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre delitos de atentado violento ao pudor cometidos contra vítimas, desde que presentes os pressupostos necessários constantes do art.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

71, parágrafo único, do Código Penal. Precedentes.

3. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido a continuidade delitiva entre os crimes de atentado violento ao pudor perpetrados contra vítimas distintas, conclusão no sentido da ausência da unidade de desígnios demandaria revolvimento do material fático-probatório dos autos. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1348729/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 11/4/2013).

Dessa forma, há crime continuado "quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro" (art. 71 do CP).

Nessa esteira, a caracterização da continuidade delitiva, embora possível, pressupõe a existência de ações praticadas em idênticas condições de tempo, lugar e modo de execução (requisitos objetivos), além de um liame a indicar a unidade de desígnios (requisito subjetivo).

No caso, a sentença, apesar de ter aplicado o concurso material em relação as duas vítimas, assim consignou (e-STJ fls. 972 e 975):

[...]

5. Outrossim, extrai-se dos relatos constantes nos autos que os delitos foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, o que impõe reconhecer o instituto do crime continuado (art. 71 do CP).,

[...]

Vejamos. Às fls. 12/13, a menor Z.C.S. diz: "eu vim falar sobre o meu pai, é que ele fez uma coisa muito errada, meu pai é muito safado". Conforme consta no relatório, "Z.C.S. contou que quando ia visitá-lo ele lambia o bumbum e o pipiu dela e da irmã A.T.C.O.". Continuando, "a criança contou ainda que a primeira vez que ele faz (sic) isso foi apenas com A.T.C.O., seu lhe pediu para buscar água na ' cozinha e disse que ela demorasse um pouquinho. Estava demorando muito e ela entrou no quarto e o viu colocando a "poroca" no bumbum de A.T.C.O. Ele teria dito que não estava fazendo nada, mas logo em seguida fez com ela tambémE finaliza: "nosso pai mandava a gente botar a poroca dele na nossa boca". (Os nomes das vítimas foram abreviados na presente transcrição,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em razão deste feito tramitar em segredo de justiça. Sem grifo no original)

[...]

Dessa forma, constata-se existência de liame subjetivo entre as ações praticadas contra as duas vítimas, além de terem ocorrido nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, o que configura a continuidade delitiva.

Ademais, sobre o tema, já decidiu esta Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp 1598077/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016 *que, nas hipóteses de crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados com violência presumida, não incide a regra do concurso material nem da continuidade delitiva específica. Isso porque, conforme inteiro teor do voto proferido no **HC n. 65.267/SP**, da relatoria do Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, DJ de 1º/9/2008: A violência de que trata a continuidade delitiva especial (art. 71, parágrafo único, do Código Penal), contida na parte geral do citado codex, refere-se a esse instituto de política criminal, sendo inviável aplicar os limites mais gravosos com base, tão-somente, em uma ficção jurídica que, como visto, serve apenas para configurar o nexo de imputação ao agente, de fato, não-violento.*

Nessa linha, os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMAS CRIANÇAS DE 8 E 9 ANOS. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. VÍTIMAS DIVERSAS. CONCURSO MATERIAL. AFASTAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Readequação da pena, tendo em vista o afastamento do concurso material em relação ao crime praticado contra as diversas vítimas, de modo a incidir a regra da continuidade delitiva simples.

6. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 217-A do Código Penal e conceder ordem de habeas corpus, de ofício, para afastar o concurso material e reduzir a pena para 12 anos e 3 meses de reclusão em regime fechado. (REsp 1598077/SE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

HABEAS CORPUS. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA MAJORADA NO TRIPLO. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Conforme a orientação da Quinta Turma deste Corte Superior de Justiça, não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes praticados mediante violência presumida, mas sim o disposto no caput do mesmo artigo.

2. Habeas corpus concedido para, reformando o acórdão impugnado no tocante à aplicação da pena do crime de atentado violento ao pudor, reduzir a reprimenda do Paciente nos termos explicitados no voto. (HC 170.760/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte Superior entende que, nas hipóteses de crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados com violência presumida não incide a regra da continuidade delitiva específica.

2. A jurisprudência tem recomendado a aplicação do "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" (HC n. 251.181/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 18/2/2014).

3. Constatado que foi seis o número de delitos cometidos pelo réu (duas vezes estupro de vulnerável, duas vezes favorecimento da prostituição contra a vítima V. G. C. S. e duas vezes favorecimento da prostituição contra o ofendido A. L. S.), a pena deve ser majorada no patamar de 1/2.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 12 anos de reclusão.

(HC 325.515/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 15/09/2016).

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INFRINGÊNCIA AO ART. 212 DO CPP. NULIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. AUSENTE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do CPP, gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo, o que inocorreu na espécie.

3. Em regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

4. Válida a exasperação da pena-base, porquanto o pleito de redução foi formulado de forma genérica, sem a indicação específica da ilegalidade, sobretudo se o Tribunal de origem assevera que foram atendidos os preceitos legais em sua fixação.

5. Não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes sexuais perpetrados mediante violência presumida, mas sim o disposto no art. 71, caput, do CP.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento pela continuidade delitiva deve-se dar de acordo com o número de infrações, definindo-se o patamar mínimo 1/6 quando se tratarem de dois delitos.

7. Pena privativa de liberdade reduzida para 9 anos, 4 meses de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.

8. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir da pena imposta.

(HC 159.476/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL.

CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA OU QUALIFICADA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INAPLICABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO 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. No que se refere à alegada inépcia da denúncia, a pretensão não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que tal matéria não foi objeto de análise e julgamento pelo Colegiado estadual no bojo do apelo defensivo.

3. Tratando-se de sentença transitada em julgado, não se mostra razoável reconhecer a inépcia da denúncia, pois as instâncias ordinárias, após análise detida do conjunto fático-probatório, já proferiram juízo condenatório, o que denota a plena aptidão da inicial acusatória, não havendo de falar em negativa de vigência ao art. 41 do CPP.

4. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. Precedentes.

5. Considerando o quantum máximo e o mínimo de pena em abstrato estabelecidos no preceito secundário do vetusto art. 214 do Código Penal, a exasperação da pena-base em 12 meses não pode ser considerada excessiva ou desproporcional. Deveras, tratando-se de réu reincidente específico, admite-me aumento um pouco superior ao patamar de 1/8 na primeira fase do critério trifásico pela valoração negativa dos antecedentes.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não se aplica a continuidade delitiva específica ou qualificada aos crimes praticados mediante violência presumida, hipótese dos autos, devendo incidir o caput do artigo 214 do CP. Precedentes.

7. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para afastar a incidência do art. 71, § 1º, do CP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinando que o Juízo das Execuções aplique o percentual de aumento referente à continuidade delitiva simples, como entender de direito.

(HC 260.976/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 23/08/2016).

No mesmo sentido: AgRg no AREsp 457.150/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015; HC 211.327/PB, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016 e AgRg no REsp 1420282/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 17/08/2016.

Logo, com a máxima vênia do eminente Relator, reconheço o constrangimento ilegal relativo à aplicação do concurso material sobre os crimes de estupro de vulnerável ocorridos contra as duas vítimas, nas circunstâncias descritas na sentença, devendo ser aplicada, no meu modesto entendimento, apenas a regra do *caput* do art. 71 do Código Penal.

Salienta-se que, 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 as vítimas começaram a ser abusadas em meados de 2010 estendendo-se até 2012, conforme a Corte de origem.

Ademais, se afigura inviável exigir a exata quantificação do número de eventos criminosos, sobretudo em face da pouca idade da vítima à época.

Na linha do que foi exposto, os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA (ART. 213 C/C O ARTIGO 224, ALÍNEA "A", C/C O ARTIGO 226, INCISO II, DO CP). ATOS COMETIDOS DIVERSAS VEZES DURANTE QUATRO ANOS. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO DO PATAMAR DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. Verifica-se que não se pode extrair dos autos o número exato de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condutas criminosas praticadas pelo ora agravante. Ocorre que tal constatação, ao revés do decidido pelo Tribunal a quo, não impede que a pena reclusiva seja majorada na terceira fase em fração superior à mínima.

2. 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 a vítima alega que era abusada dia sim dia não, devendo ser levado em consideração o fato de ter sido abusada pela primeira vez quando tinha 07 anos e ter engravidado com 11 anos. Ademais, se afigura inviável exigir a exata quantificação do número de eventos criminosos, sobretudo em face da pouca idade da vítima à época.

3. Considerando que as instâncias ordinárias reconheceram que os eventos delituosos contra a vítima ocorreram no período de 4 anos, tenho como ilegal a fixação da causa de aumento no mínimo legal, mostrando-se adequado o acréscimo pela continuidade delitiva na fração máxima de 2/3 (art. 71 do Código Penal).

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1420282/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 17/08/2016)

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/3. CRIME PRATICADO DURANTE LONGO PERÍODO DE TEMPO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

02. Esta Corte tem decidido que, "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".

Porém, "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" (AgRg no REsp 1.281.127/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/09/2014; AgRg no AREsp 455.218/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014).

Tendo sido constatada pelas instâncias inferiores "a ocorrência de diversos crimes da mesma natureza por mais de dois anos", é adequado o aumento da pena pela continuidade delitiva (CP, art. 71) no patamar de 2/3 (dois terços).

03. Habeas corpus não conhecido. (HC 311.146/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 31/03/2015)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. SENTENÇA QUE FIXOU O PATAMAR DE AUMENTO DECORRENTE DA CONTINUIDADE DELITIVA EM 2/3 COM BASE NO LONGO PERÍODO DA VIOLÊNCIA. REFORMA PROMOVIDA PELA CORTE DE ORIGEM PARA REDUZIR A FRAÇÃO AO MÍNIMO. ILEGALIDADE. RESTABELECIMENTO DA FRAÇÃO ORIGINAL (2/3). VIOLÊNCIA QUE PERDUROU POR 6 ANOS. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal pelo relator do mérito do recurso especial quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal (precedentes do STJ).

2. Nas hipóteses em que há imprecisão acerca do número exato de eventos delituosos, esta Corte tem considerado adequada a fixação da fração de aumento, referente à continuidade delitiva, em patamar superior ao mínimo legal, com base na longa duração dos sucessivos eventos delituosos. Precedentes desta Corte.

3. No caso, considerando-se que as instâncias ordinárias reconheceram que os eventos delituosos perpetrados contra uma das vítimas ocorreram pelo período de seis anos, deve ser restabelecida a sentença condenatória na parte que fixou a fração de aumento (art. 71 do CP) em 2/3.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 455.218/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 05/02/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE CRIMES INDETERMINADO. LONGO PERÍODO DE TEMPO EM QUE OS EVENTOS OCORRERAM. 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 quase três anos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1281127/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

18/09/2014, DJe 25/09/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATENTANDO VIOLENTO AO PUDOR. ATOS COMETIDOS DIVERSAS VEZES. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO DO PATAMAR DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Consoante se depreende dos autos, a vítima foi constrangida sexualmente por mais de um ano (fls. 155/157). Nesse contexto, esta Corte tem se posicionado no sentido da impossibilidade de se aplicar a causa de aumento do art. 71, do CP, no patamar mínimo.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.376.828/SC, Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 26/11/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. DIMINUIÇÃO DA PENA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INTERESSE E LEGITIMIDADE DO PARQUET PARA RECORRER. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME ÚNICO. ATOS COMETIDOS DIVERSAS VEZES DURANTE TRÊS ANOS. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO DO PATAMAR DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...] 2. Estando demonstrado, pelos elementos dos autos, que o Acusado praticou o crime diversas vezes ao longo de, pelo menos, três anos, é impositiva a elevação da pena pela continuidade delitiva no patamar de 2/3 (dois terços).

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.325.423/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/8/2013)

[...] 6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que para a elevação da pena pela continuidade delitiva, deve-se levar em conta o número de infrações cometidas. Dessa forma, tendo em vista que a vítima era menor de 14 anos por ocasião do início da prática delituosa e que os fatos se prolongaram pelo período de dois anos, o que denota o elevado número de infrações penais contra ela cometidas, mostra-se razoável que, na hipótese em apreço, seja aplicado o índice mais gravoso. [...] (HC n. 192.138/RJ, Ministro Campos Marques, Quinta Turma, DJe 15/10/2012)

Assim, considerando que as instâncias ordinárias reconheceram que os eventos delituosos contra as vítimas ocorreram no período de 2 anos, mostra-se adequado o acréscimo pela continuidade delitiva na fração máxima de 2/3 (art. 71 do Código Penal).

Passo a readequação da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na primeira fase, mantenho a pena-base fixada em 9 anos, conforme consignado pelo Ilustre Relator. Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, a reprimenda fica estabelecida nesse patamar. Na terceira fase, haja vista a existência de causa de aumento específica prevista no art. 226, inciso II, do CP, fixa-se a pena em 13 anos e 6 meses de reclusão.

Afastada a regra do concurso material, incide apenas a regra do art. 71, *caput*, do CP em relação às duas vítimas, ficando a sanção exasperada na fração de 2/3, o que resulta, definitivamente, em 22 (vinte e dois anos) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Ante o exposto, pedindo vênias ao eminente Relator Ministro Felix Fischer, **dou provimento parcial** ao agravo regimental para **conceder a ordem de ofício, em maior extensão**, para redimensionar a pena definitiva do recorrente para 22 (vinte e dois anos) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0208208-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.618.982 / PE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00500566920128170001 0990690380042420123 382280600 500566920128170001
9906903800424201213

PAUTA: 25/10/2016

JULGADO: 02/02/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : F P DE O J
ADVOGADOS : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(S) - PE011308
TALITA DE VASCONCELOS MONTEIRO CARIBÉ - PE023792
RITA NOGUEIRA MACHADO E OUTRO(S) - PE040793
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : F P DE O J
ADVOGADO : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(S) - PE011308
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.