



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.978 - SP (2016/0101693-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS - SP314233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : W DE S R

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 383 DO CPP. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE AS CONDUTAS PERPETRADAS CONTRA AS VÍTIMAS. NÃO INCIDÊNCIA DO INSTITUTO. TEORIA MISTA. AUSÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO.

1. Tendo a denúncia descrito situação na qual o réu, mediante violência presumida cometeu atos que caracterizam delitos sexuais contra duas vítimas menores de 14 anos, a alteração da capitulação jurídica pelo Magistrado sentenciante – aplicação do princípio da ultratividade da lei penal mais benéfica –, do tipo penal previsto no art. 217-A (Lei n. 12.015/2009) para aqueles previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, não ofende o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, uma vez que não trouxe nenhum prejuízo à defesa do réu.

2. A declaração de nulidade de ato processual, seja ela absoluta ou relativa, exige a demonstração do efetivo prejuízo suportado pela parte. Destarte, alcançada a finalidade do ato, torna-se insuficiente a mera alegação do não cumprimento de alguma formalidade legal.

3. *Ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou esta Corte a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito -, quanto o de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior* (REsp n. 1.196.358/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 12/6/2015).

4. Sem adentrar no exame dos requisitos objetivos, que demandaria incursão mais detalhada no conjunto fático-probatório dos autos, inapropriado na via eleita, afasta-se o pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto, da narrativa dos fatos – incontroversos nos autos –, não se verifica a existência de liame subjetivo entre as condutas praticadas contra as vítimas I C A R (filha do acusado) e T dos S M.

5. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, denegar a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.978 - SP (2016/0101693-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **W de S R** – condenado à pena de 21 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nos arts. 213, *caput*, c/c o 224, a, 226, II e 71, todos do Código Penal, c/c os arts. 214, *caput*, 61, II, *f* e 71, todos, ainda, c/c o art. 69 do Código Penal (Processo n. 0064092-85.2010.8.26.0050), apontando-se como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0064092-85.2010.8.26.0050, com a seguinte ementa (fl. 297):

Preliminar - Inépcia da denúncia. Preliminar rejeitada. Estupro de vulnerável - Materialidade e autoria comprovadas. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252, do R.I..

Pena - Afastamento da reincidência. Cabimento. Pena-base fixada no mínimo legal e majorada pela causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal. Cabimento. Alegação de inconstitucionalidade. Reconhecimento de crime continuado. Inadmissibilidade. Regime carcerário corretamente fixado.

Recurso parcialmente provido.

Neste *writ*, sustenta o defensor público, em síntese:

a) violação do princípio da correlação entre acusação e sentença (art. 384 do CPP e art. 5º, LV, da CF), visto que [...] *há uma discrepância entre os fatos narrados na denúncia e os fatos reconhecidos como existentes pela sentença para sustentar a condenação. Trata-se, evidentemente, de fatos diversos. A denúncia diz que houve conjunção carnal, apenas. A sentença reconhece que não houve conjunção carnal entre o paciente e T. Não obstante, condena-o - julgando extra petita - porque diz que há prova de atos libidinosos diversos* (fl. 6);

b) violação do art. 71 do Código Penal, em caso de não acolhimento do pedido anterior, haja vista que [...] *o Tribunal de Justiça incidiu em ilegalidade ao*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deixar de reconhecer a continuidade delitiva apenas porque se tratava de vítimas distintas (fl. 6), pois, é evidente que as condições de tempo, lugar e maneira de execução eram as mesmas (fl. 7).

Requer, liminarmente, [...] suspender o mandado de prisão até que se resolva, definitivamente, a questão da pena definitiva a ser aplicada ao paciente (fl. 10) e, no mérito, que o paciente seja absolvido pelos crimes envolvendo a vítima T, ou, subsidiariamente, para que se reconheça a continuidade delitiva em relação a todos os delitos (fl. 10).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 318/320).

Prestadas as informações (fls. 329/365), o Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia, manifestou-se [...] *pelo não conhecimento do habeas corpus e, diante da ausência de ilegalidade, pela não concessão da ordem de ofício* (fls. 368/380).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.978 - SP (2016/0101693-2)

VOTO

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

Consoante relatado, inicialmente, sustenta a impetrante, ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, na medida em que fora imputado ao réu a prática de conjunção carnal com a vítima T dos S M (art. 217-A do CP) e, ao final, a Magistrada condenou-o pelo delito de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP, redação anterior à entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009).

Não lhe assiste razão. Pelos percucientes fundamentos, reporto-me ao parecer proferido pelo Ministério Público Federal que, com propriedade, asseverou (fl. 372):

[...]

4. A defesa alega, primeiramente, violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença, em relação à vítima T dos S M.

A denúncia narra os fatos praticados pelo ora paciente, em relação à vítima T, da seguinte forma (fls. 11/12 e-STJ):

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 12 de agosto de 2010, no período vespertino, e no período compreendido entre os anos de 2007 e 2010, na avenida Américo Hipólito, nº 54, Parque São Rafael, nesta cidade, **W de S R**, qualificado as fls. 20, teve, continuamente, por diversas vezes, conjunção carnal com as menores I C A R, sua filha, e T dos S M à época com apenas 10 e 11 anos de idade, respectivamente.

Segundo se apurou, a vítima I é filha do denunciado e desde os dez anos de idade mantinha, diversas vezes durante a semana, conjunção carnal com seu pai.

A vítima T é amiga de I e por isso passou a frequentar sua casa, inclusive pernando no local. Aproveitando-se destas oportunidades, o denunciado passou a assediá-la constantemente, até que conseguiu manter com ela conjunção carnal, inclusive, em 12/8/2010.

Ocorre que, os policiais civis abaixo arrolados, após denúncia anônima, diligenciaram no local dos fatos, e, lá chegando, ao adentrarem, surpreenderam as duas vítimas e o denunciado, sendo que ele estava nu e I nua, saía do banho. Na mesma ocasião, as vítimas confirmaram que mantinham relações sexuais com o denunciado, sendo que T havia mantido conjunção carnal com ele durante a manhã. Indagado, o denunciado confessou os delitos e foi preso em flagrante.

Ante o exposto, denuncio-o como incurso nas penas do artigo 217- A, *caput*, por diversas vezes, c.c. 226, II e 61, II, f, na forma do art. 71 “caput”, todos do Código Penal, aplicando-se no quanto pertinente a Lei n. 8.072/90 [...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A magistrada de primeiro grau, em preliminar na sentença condenatória, fundamentou a legislação aplicável ao caso e, no mérito, condenou o acusado pelos crimes perpetrados. Confira-se (fls. 207/219 e-STJ):

DA PRELIMINAR

...

- Da legislação aplicável

O tipo penal, apontado na denúncia, como o qual teria incorrido o acusado, corresponde ao artigo 217-A, também denominado de estupro de vulnerável:

'Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.'

O referido dispositivo foi introduzido pela Lei n. 12.015/09, legislação que entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, em 07 de agosto de 2009.

Neste contexto, insta mencionar que o fato criminoso referido na denúncia teria ocorrido em datas incertas entre os anos de 2007 e 2010. Portanto, antes da entrada em vigor da referida legislação que acrescentou o artigo 217-A, ao diploma penal.

Por conseguinte, em razão da aplicação do princípio da ultratividade da lei mais benéfica, imperativa a aplicação da redação anterior dos artigos 213 e 214 em combinação com artigo 224, alínea a, ambos do Código Penal, considerado que à época dos fatos as vítimas eram menores de 14 anos, a tornar presumida a violência, descrita no tipo do artigo 214.

Tal alteração da capitulação legal por este juízo se faz nesta oportunidade, com fundamento no disposto no artigo 383, do Código de Processo Penal, observado que os fatos estão corretamente descritos na denúncia, tendo havido apenas alteração do enquadramento legal por este juízo nesta oportunidade. [sem grifos no original]

DO MÉRITO

... Por sua vez, o exame sexológico realizado na vítima T, assim declarou:

'Conclusão e discussão: Examinanda apresenta vestígios laboratoriais (pesquisas) de espermatozóides em intróito vaginal positiva) de atos libidinosos (coito vulvar).

Frise-se, de outra parte, que o relato com riqueza de detalhes das testemunhas, bem como a narrativa minuciosa das vítimas que, por sua vez, mantém consonância com as demais provas colhidas tornam inquestionável a prática pelo réu das infrações mencionadas na denúncia.

...

Portanto, a prova dos autos, comprovou, de maneira inequívoca, que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado foi mesmo o autor dos abusos sexuais descritos na denúncia: de estupro quanto à vítima I e de atentado violento ao pudor quanto a vítima T, com friso ainda de serem as ofendidas à época dos fatos menor de quatorze anos, a enquadrar a conduta daquele no disposto nos artigos 213 e 214, c.c. artigo 224, alínea a, todos da legislação penal. [em grifos no original]

Tanto os estupros dos quais foi vítima I, quanto os atentados a que submetida T foram consumados, visto que inegável tanto a reiteração da conjunção carnal com a própria filha, quanto a prática reiterada de atos libidinosos diversos da conjunção carnal consistentes em passar a mão pelo corpo e a genitália da infante T, além de esfregar seu pênis nela, com emprego presumido de violência, dada a condição de menor de quatorze anos das ofendidas. (g. n.).

O Tribunal de origem não constatou nenhuma nulidade ao apreciar a matéria, constando no voto condutor do v. acórdão recorrido os seguintes fundamentos (fl. 299/305 e-STJ):

Também, não é caso de nulidade do processo em relação à vítima T, como sustentado pela Procuradoria de Justiça, pois o juízo de primeiro grau alterou, na sentença, o enquadramento legal indicado na denúncia para os artigos 213 e 214 c.c. artigo 224, alínea “a”, todos do Código Penal, em razão do princípio da ultratividade da lei mais benéfica, consignando que os fatos estão corretamente descritos na peça inicial (fls. 197/198).

De se ver que o tipo penal descrito no artigo 217-A, do Código Penal, constante na denúncia, abrange as duas condutas delituosas previstas anteriormente nos artigos 213 e 214 - conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso -, motivo pelo qual não há que se falar em afronta aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

... (g. n.).

De início, ressalte-se que o entendimento dessa Corte Superior é firme no sentido de que **“O acusado defende-se dos fatos narrados na inicial acusatória, não de sua capitulação legal. E o Juízo sentenciante pode atribuir a tais fatos definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal.”** (HC n. 253.989/ES, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25/3/2014, DJe 31/3/2014) (g. n.).

Com efeito, na exordial acusatória consta que as vítimas **mantinham relações sexuais** com o acusado. Ademais, narra que a vítima T também teve conjunção carnal com o mesmo. Assim, o Ministério Público Estadual denunciou o ora paciente como incurso no art. 217-A, *caput*, por diversas vezes, c.c. 226, II e 61, II, *f*, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal. Vale notar que o art. 217-A do Código Penal descreve a conduta de “ter conjunção carnal **ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos**” (g. n.).

Nesse contexto, o Juízo de origem, em razão da ultratividade da lei mais benéfica, alterou a capitulação da denúncia para a incidência dos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), c/c o art. 224, alínea “a”, todos com a redação anterior do Código Penal. Dessa forma, condenou o réu, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relação à vítima T, por prática de atentado violento ao pudor.

Assim, deve-se considerar que *“o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso”* (AgRg no REsp n. 1.154.806/RS, da minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 28/2/2012, DJe 21/3/2012).

Nesse passo, a denúncia afirma que o acusado mantinha relações sexuais com as vítimas. Portanto, pode incluir tanto a conjunção carnal como qualquer outro ato libidinoso diverso. [sem grifos no original]

Assim, independentemente da capitulação recebida na denúncia, as condutas descritas dão conta tanto de conjunção carnal como também de prática de atentado violento ao pudor, tendo o ora paciente sido condenado por esse último fato criminoso.

Na verdade, o que se observa dos autos é que, de fato, ocorreu também a prática de estupro. Isso porque, conforme restou consignado na sentença, reportando-se ao laudo pericial, foram encontrados espermatozoides na vítima T, decorrentes de coito vulvar. No entanto, o Ministério Público Estadual não se insurgiu, no ponto, contra a sentença, pelo que o paciente foi condenado apenas pela prática de atentado violento ao pudor.

O Tribunal de origem ratifica essa conclusão, ao afirmar que “restou comprovado nos autos que T foi vítima de estupro e não apenas de atentado violento ao pudor, como restou consignado na sentença. Todavia, conformando-se a acusação, que não impugnou o decisum, prevalece o quanto decidido em primeiro grau.” (fl. 305 e-STJ). [sem grifos no original]

Dessa forma, não há que se falar em violação ao princípio da correlação, pois a base fática da denúncia restou fartamente comprovada a partir das provas colhidas na instrução processual, as quais a defesa teve oportunidade de exercer a ampla defesa e o contraditório [sem grifos no original]. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SÚMULA N. 7 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. DENÚNCIA. REQUISITOS FORMAIS PREENCHIDOS. CORRELAÇÃO COM A SENTENÇA. EXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O acórdão recorrido deixa incontroversa a prática de atos diversos da conjunção carnal por parte do ora recorrido contra a criança ofendida, pois ficou expresso, inclusive, haver “elementos robustos quanto à ação criminosa do réu contra a vítima S em datas pretéritas”, o que afasta a incidência da Súmula 7 do STJ.

2. É assente na jurisprudência do STJ que o réu não se defende da capitulação da denúncia, mas do fato descrito na exordial acusatória. Precedentes.

3. A acusação formalizada pelo Ministério Público preencheu os requisitos do art. 41 do CP, pois discriminou os fatos, em tese, praticados pelo recorrido, com todas as circunstâncias até então conhecidas, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa da acusação da conduta tipificada no art. 214 do Código Penal.

4. No caso, o Tribunal *a quo* concluiu pela absolvição, única e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exclusivamente, em decorrência da falta de comprovação de que os fatos criminosos narrados (e devidamente atestados pelos depoimentos) teriam ocorrido em tempo posterior ao marco descrito na denúncia.

5. A conclusão esposada no acórdão recorrido, na verdade, contradiz a exordial acusatória, ao registrar que "na denúncia a narrativa se deu apenas no sentido de que os abusos sexuais foram perpetrados após o dia 06/08/2008", uma vez que a peça inicial também narra que "em data anterior, o denunciado constrangeu a vítima [S da S], mediante grave ameaça, a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal".

6. Não viola o princípio da correlação entre denúncia e sentença (art. 384 do Código de Processo Penal) o Magistrado singular que condena o réu com base em provas colhidas nos autos, cuja base fática está devidamente descrita na peça de acusação e da qual o acusado teve oportunidade de se defender.

7. Recurso especial conhecido e provido, para restabelecer a sentença condenatória.

(REsp n. 1.580.485/MG, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016) (g. n.).

Assim, não há falar em violação do princípio da correlação.
[...]

De fato, não há nulidade a ser reconhecida. Com efeito, a exigência de que o fato imputado ao réu, na peça acusatória, tenha correspondência com aquele reconhecido pelo juiz, ao sentenciar (art. 383 do CPP), tem por finalidade precípua a garantia de que não sejam violados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Na hipótese, como visto, o *Parquet* descreveu de forma sucinta, porém suficiente, situação na qual o réu, mediante violência presumida, cometeu atos que caracterizam delitos sexuais, contra vítimas menores de 14 anos, sendo uma delas sua própria filha.

Nesse contexto, verifica-se que a Magistrada ao realizar a capitulação jurídica dos fatos narrados contra a vítima T dos S M no art. 214 do Código Penal (redação anterior à Lei n. 12.015/2009), com fundamento na ultratividade da lei penal mais favorável, enquadrando-os como atentado violento ao pudor, obedeceu ao ditames do art. 383 do Código de Processo Penal, não causando nenhuma surpresa que pudesse macular a defesa do réu.

Nesse contexto, oportuna a lição de Rogério Greco que, ao comentar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nova redação do art. 213 do Código Penal, asseverou:

[...]

Merece registro, ainda, o fato de que a conjunção carnal também é considerada ato libidinoso, isto é, aquele em que o agente deixa aflorar a sua libido, razão pela qual a parte final constante do *caput* do art. 213 do Código Penal utiliza a expressão *outro ato libidinoso* (*in Código Penal Comentado*, Impetus, 7ª edição, pág. 661)

[...]

Por fim, vale acrescentar que, segundo o acórdão impugnado, o exame sexológico da vítima T dos S M, [...] *concluiu que ele apresentava vestígios laboratoriais (pesquisas de espermatozóides em introito vaginal positiva) de atos libidinosos (coito vulvar) (fls. 160/161), motivo pelo qual restou comprovado nos autos que T. Foi vítima de estupro e não apenas de atentado violento ao pudor, como restou consignado na sentença. Todavia, conformando-se a acusação, que não impugnou o decisum, prevalece o quanto decidido em primeiro grau (fl. 305).*

Ademais, verifica-se que o magistrado sentenciante julgou conforme o depoimento do réu que, negando a prática de conjunção carnal, admitiu que já havia dormido com a vítima, [...] *trocando carícias, tendo passado a mão no corpo dela, especialmente na vagina (fl. 301) [...], o qua afasta a alegação de prejuízo.*

Como cediço, a declaração de nulidade de ato processual, seja ela absoluta ou relativa, exige a demonstração do efetivo prejuízo suportado pela parte. Destarte, alcançada a finalidade do ato, torna-se insuficiente a mera alegação do não cumprimento de alguma formalidade legal.

A jurisprudência desta Corte, a esse respeito, encontra-se pacificada no sentido de que [...] *em matéria de nulidade, rege o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato. Por essa razão, a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual só pode acarretar o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado, trazendo prejuízo a qualquer das partes da relação processual (HC n. 261.698/SP, Ministro Rogerio Schietti, Sexta Turma, DJe 6/4/2015).

No mesmo sentido:

[...]

1. A análise da fundamentação implementada pela Corte de origem revela sua consonância com o entendimento dominante, acerca da necessidade de demonstração do efetivo prejuízo com a eventual nulidade da prova. Esta Corte de Justiça tem entendimento firme no sentido de que, tanto para a nulidade relativa, quanto para a absoluta, a inobservância procedimental não gera a anulação no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em obséquio ao princípio *pas de nullité sans grief*, positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal. No caso, ao contrário do aduzido pela defesa, os pacientes encontravam-se soltos quando da intimação da sentença penal condenatória e a defesa foi pessoalmente intimada para o ajuizamento da apelação, não interposta à luz do princípio da voluntariedade recursal.

[...]

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto.

(HC n. 424.248/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9/4/2018)

Subsidiariamente, pleiteia a Defensoria Pública o reconhecimento do crime continuado, uma vez que, verificada as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, o fato de os crimes terem sido cometido contra vítimas diferentes não afasta, por si só, a aplicação do benefício.

Conforme asseverou o Ministro Nefi Cordeiro, no julgamento do REsp n. 1.196.358/SP, [...] *ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou esta Corte a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito -, quanto o de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior* (Sexta Turma, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12/6/2015). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 537.695/MS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 26/3/2016.

Ao se debruçar sobre o tema, asseverou o Tribunal *a quo* (fls. 308/309):

[...]

Reconhecida a continuidade delitiva para cada um dos crimes, uma vez que restou comprovado que os abusos ocorreram por inúmeras vezes, ao longo de três anos em relação à vítima I. e por duas vezes em relação à vítima T, a pena para o crime de estupro foi majorada em 1/2, e para o crime de atentado violento ao pudor, houve o acréscimo de 1/6, resultando, respectivamente, em 13 anos e 6 meses de reclusão e 08 anos e 2 meses de reclusão.

Registre-se que de acordo com o depoimento do apelante, ele vivia com sua filha como marido e mantiveram relações sexuais repetidas vezes, não sendo portanto, descabido o cálculo feito pela magistrada para a consideração da prática de 156 estupros no decorrer de três anos.

Por fim, foram somadas na forma do art. 69, do Código Penal, restando definitivas em 21 anos e 8 meses de reclusão.

A tese da Defesa para o reconhecimento do crime continuado com adequação da reprimenda, afastando-se o concurso material, não se sustenta, na medida em que foi mais de uma ação, contra vítimas diferentes e em diversas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Em outras palavras, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram praticados contra vítimas diversas, em momentos distintos, de modo que inexistente qualquer liame subjetivo entre eles, advindo de condutas autônomas.

[...]

Como visto, ao contrário do alegado, a continuidade delitiva não foi afastada apenas por serem vítimas diversas. O acórdão impugnado afastou a incidência do instituto por entender ausentes tanto os requisitos de ordem objetiva quanto subjetiva, adotando, portanto, a mesma linha de raciocínio desta Corte (teoria mista).

Ora, sem adentrar no exame dos requisitos objetivos, que demandaria incursão mais detalhada no conjunto fático-probatório dos autos, inapropriado na via eleita, afasto a arguida ilegalidade, na medida em que, da narrativa dos fatos – incontroversos nos autos –, não se verifica a existência de liame subjetivo entre as condutas praticadas contra as vítimas I C A R (filha do acusado) e T dos S M.

Com efeito, encontra-se assente no acórdão vergastado, que o réu, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

partir do ano de 2007, passou a ter relações sexuais com sua filha, vivendo como se marido e mulher fossem (período que durou aproximadamente três anos). Confirmam-se, por oportuno, excertos nos quais o Tribunal faz referência aos depoimentos prestados:

[...]

Em juízo, confessou que mantinha relações sexuais com sua filha I. Disse que, no ano de 2007, quando I. tinha 10 anos de idade, separou-se de sua companheira, porque ela não cuidava da casa direito e estava agindo como uma garota de programa. Ela voltou poucas vezes para casa para visitar a filha. Pouco tempo depois, a vítima I. disse que não queria ver o apelante com mais ninguém, a não ser sua mãe. Teria se insinuado para ele, dizendo que não era mais virgem, pois já tivera relação sexual com outro rapaz. Em razão desses fatos e por insistência de sua filha, o apelante passou a manter relações sexuais com ela por repetidas vezes. **Convivia como marido de sua filha, sendo que ela também o via dessa forma, não mais como pai** [...] (depoimento do réu – fl. 301)

[...] Na ocasião ele mexeu com suas partes íntimas e que a partir desse dia, ele teria convidado ela para dormir na cama com ele. **Ela aceitou e, então, ele começou a mexer com ela todas as noites, passando a mão em sua vagina** [...] Afirmou que foi ela quem decidiu ficar com o apelante e pouco tempo depois passaram a ter relações sexuais, sempre vaginal, não de outras formas [...] (depoimento da vítima I C A R – fl. 302)

Nesse contexto, não há como entender que o abuso sexual perpetrado contra a vítima T dos S M, ocorridas, segundo a condenação, **em apenas duas oportunidades**, seja um desdobramento dos delitos perpetrados contra sua filha.

Ora, a meu ver, a narrativa do réu no sentido de que vivia maritalmente com sua filha demonstra, inequivocamente, a ausência de liame psíquico entre as condutas perpetradas contra as vítimas, demonstrando que os delitos fortuitamente cometidos contra a infante T dos S M, decorreram de desígnios autônomos, em contextos diversos de atuação.

Sendo assim, irretocável o acórdão impugnado.

Ante o exposto, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0101693-2

HC 353.978 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00640928520108260050 02707272020118260000 050100640923 20110000258050
20160000054511 2707272020118260000 50100640923 640928520108260050

EM MESA

JULGADO: 08/05/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS - SP314233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : W DE S R

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

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, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.