



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.104 - SP (2013/0118060-1)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E B DA S

EMENTA

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR DE 14 ANOS. PRÁTICA DE ATOS CONTRA QUATRO VÍTIMAS DIFERENTES. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PRETENSÃO DE APLICABILIDADE DA CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA E NÃO REAL, BEM COMO MEDIANTE HABITUALIDADE CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.

1. A violência de que trata a continuidade delitiva especial (art. 71, parágrafo único, do CP) 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. (HC n. 232.709/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9/11/2016)

2. Ainda que assim não fosse, consta da sentença que ao menos em relação a uma das vítimas, o paciente a teria abusado sexualmente três vezes por semana, desde quando esta tinha cinco anos de idade até os doze, o que demonstra verdadeira habitualidade criminosa, a afastar a continuidade delitiva, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal.

3. Ordem denegada.

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, 15 de agosto de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.104 - SP (2013/0118060-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **E B da S**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o Juízo de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Central da comarca da Capital/SP condenou o paciente como incurso nos arts. 214, c/c o 224, a, c/c o 71 do Código Penal, às penas de 47 anos, 1 mês e 6 dias de reclusão (fls. 45/55 – Ação Penal n. 0097139-21.2008.8.26.0050).

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que negou provimento ao recurso (fls. 70/79 – Apelação Criminal n. 0097139-21.2008.8.26.0050):

Processo Penal. Nulidade. Inépcia da denúncia por ausência de especificação das datas em que se deram os abusos. Inocorrência. Observância dos requisitos do artigo 41 do CPP. Aptidão da inicial a propiciar o conhecimento da acusação e o exercício da ampla defesa. Preliminar rejeitada.

Atentados violentos ao pudor praticados contra os quatro filhos. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Ausência de vestígios. Conclusão compatível com a conduta imputada. Prova. Palavra das vítimas menores de quatorze anos. Validade. Declarações firmes e coerentes. Conjunto probatório suficiente para a procedência da ação. Condenação mantida. Pena. Inconstitucionalidade do texto legal não reconhecida. Preceito secundário proporcional ao resultado material e consequências do delito. Causas de aumento bem reconhecidas. Apelo desprovido.

Aqui, a impetrante alega constrangimento ilegal consistente na aplicação do concurso material de crimes às condutas atribuídas ao paciente, na ação penal que respondeu pelo crime de estupro, contra quatro vítimas diferentes. Sustenta que a continuidade delitiva foi erroneamente afastada, uma vez que as condutas foram praticadas nas mesmas circunstâncias de tempo, local e maneira de execução, não importando se contra vítimas diferentes. Aduz que a reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta ao paciente cairia para 27 anos de reclusão, se aplicado adequadamente o crime continuado qualificado (art. 71, parágrafo único, do CP).

Postula, então, a concessão liminar da ordem para que seja desconstituído o acórdão hostilizado e reduzida a reprimenda imposta ao paciente, nos termos dos argumentos expostos na impetração.

Em 26/4/2013, indeferi o pedido liminar (fls. 90/93).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 103/105):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL NÃO INTERPOSTO. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTE DO STJ. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DO CONCURSO MATERIAL. INCIDÊNCIA DE CONTINUIDADE DELITIVA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.104 - SP (2013/0118060-1)

VOTO

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

Busca a impetração a concessão liminar da ordem para que seja aplicado o crime continuado qualificado (art. 71, parágrafo único, do CP), à pena imposta na ação penal em que o paciente restou condenado pela prática do crime de estupro, contra quatro vítimas diferentes, ao argumento do adimplemento dos requisitos necessários para tanto.

Da atenta análise dos autos, verifico que a pena imposta ao paciente foi dosada, nos seguintes termos (fls. 52/54):

[...]

Tecidas tais considerações, passo à individualização da pena.

a) Dos abusos cometidos contra a vítima Deivid:

Atenta às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, observo que o acusado é primário (fls. 129), de sorte que fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 6 (seis) anos de reclusão. Na terceira fase de aplicação da pena, imperiosa a incidência da causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, para aumentar a pena da 1/2 e fixa-la em 9 (nove) anos de reclusão; pena esta que se torna definitiva em razão da ausência de circunstâncias que a modifiquem.

[...]

Pelo reconhecimento da continuidade delitiva os 3 atentados perpetrados pelo acusado, considero apenas a pena de um dos delitos e aumento de 1/5 (um quinto), considerada a quantidade (três) de vezes durante o período de anos que restou provado que o menor foi submetido à prática de atos libidinosos com o acusado contra a sua vontade, para assim estabelecer a pena do acusado em **10 (dez) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão**.

b) Dos abusos cometidos contra a vítima Letícia:

Atenta às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, observo que o acusado é primário (fls. 129), de sorte que fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 6 (seis) anos de reclusão. Na terceira fase de aplicação da pena, imperiosa a incidência da causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, para aumentar a pena da 1/2 e fixa-la em 9 (nove) anos de reclusão; pena esta que se torna definitiva em razão da ausência de circunstâncias que a modifiquem.

[...]

Pelo reconhecimento da continuidade delitiva dos 2 atentados perpetrados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo acusado, considero apenas a pena de um dos delitos e aumento de 1/6 (um sexto), considerada a quantidade (duas) de vezes comprovada nos autos que a menor foi submetido a prática de atos libidinosos com o acusado contra a sua vontade, para assim estabelecer a pena do acusado em **10 (dez) anos 6 (seis) meses** de reclusão.

c) Dos abusos cometidos contra a vítima Maikom:

Atenta às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, caput, do Código Penal, observo que o acusado é primário (fls. 129), de sorte que fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 6 (seis) anos de reclusão. Na terceira fase de aplicação da pena, imperiosa a incidência da causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, para aumentar a pena da 1/2 e fixa-la em 9 (nove) anos de reclusão; pena esta que se torna definitiva em razão da ausência de circunstâncias que a modifiquem.

[...]

Pelo reconhecimento da continuidade delitiva dos 3 atentados perpetrados pelo acusado, considero apenas a pena de um dos delitos e aumento de 1/5 (um quinto), considerada a quantidade (três) de vezes durante o período de anos que restou provado que o menor foi submetido à prática de atos libidinosos com o acusado contra a sua vontade, para assim estabelecer a pena do acusado em **10 (dez) anos 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão**.

d) Dos abusos cometidos contra a vítima Letícia:

Atenta às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, caput, do Código Penal, observo que o acusado é primário (fls. 129), de sorte que fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 6 (seis) anos de reclusão. Na terceira fase de aplicação da pena, imperiosa a incidência da causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, para aumentar a pena da 1/2 e fixa-la em 9 (nove) anos de reclusão; pena esta que se torna definitiva em razão da ausência de circunstâncias que a modifiquem.

[...]

Neste caso, a vítima mencionou que seu genitor abusado sexualmente dela ao menos três vezes por semana, desde quando tinha cinco anos de idade até os doze anos. Tal narrativa autoriza a conclusão da prática de ao menos 1092 abusos perpetrados pelo acusado, considerados os sete anos de abuso e ainda o fato de cada ano possuir 52 semanas. Destarte, pelo reconhecimento da continuidade delitiva por tais atentados perpetrados pelo acusado, considero apenas a pena de um dos delitos e aumento de 2/3 (dois terços), considerada a quantidade incontável de vezes durante o período de anos que restou provado que a menor foi submetido à prática de atos libidinosos com o acusado contra a sua vontade, para assim estabelecer a pena do acusado em **15 (quinze) anos de reclusão**.

[...]

Por fim, necessário o reconhecimento do concurso material dos atentados perpetrados contra cada uma das vítimas, com a aplicação do sistema do cúmulo material, para somatória das penas, nos termos do artigo 69, do Codex, pelo que a pena total a ser cumprida pelo acusado passa a ser de **47 (quarenta e sete) anos 1 (um) mês e 6 (seis) dias de detenção**.

O regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade será o inicial FECHADO, considerada a pena imposta e a gravidade dos delitos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos do disposto no artigo 33, da legislação penal.

[...]

O Tribunal *a quo*, ao manter a condenação imposta ao paciente, consignou que (fl. 78):

[...]

Considerando a maior pena aplicada, 15 anos de reclusão, deixo de reconhecer a continuidade delitiva do crime hediondo, praticado mediante violência presumida e grave ameaça aos menores de quatorze anos pelo próprio pai, pessoa que deveria zelar por eles.

Com efeito, embora os delitos tenham se consumado contra diferentes vítimas nas mesmas circunstâncias de tempo, espaço e modo de execução, o acréscimo do triplo, adequado aos fatos e autorizado pelo parágrafo único do art. 71, seria prejudicial ao réu.

Mantenho, desta forma, a reprimenda de 47 (quarenta e sete) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão, impostos pela sentença condenatória.

[...]

Da análise dos trechos transcritos, verifico que, embora o Tribunal *a quo* tenha reconhecido a existência dos requisitos necessários à configuração da continuidade delitiva prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, deixou de aplicar, porque entendeu que seria mais gravosa ao paciente.

Confira-se o disposto no dispositivo em questão:

Art. 71 - 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, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Conforme transcrição acima, a pena mais grave aplicada ao paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi de 15 anos de reclusão, que aumentada ao máximo (triplo), ficaria em 45 anos, inferior, portanto, à aplicada pela regra do concurso material de crimes.

No entanto, no caso, não basta apenas a aplicação da regra mais favorável ao paciente, mas o cumprimento dos requisitos indispensáveis à configuração da continuidade delitiva específica, o que não se verifica dos autos, em que as condutas delituosas foram praticadas com violência presumida.

Nesse sentido:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 n. 232.709/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9/11/2016 – grifo nosso)

Ainda que assim não fosse, consta da sentença que ao menos em relação a uma das vítimas, o paciente a teria abusado sexualmente três vezes por semana, desde quando esta tinha cinco anos de idade até os doze, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstra verdadeira habitualidade criminosa, a afastar a continuidade delitiva, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal.

Em face do exposto, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0118060-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 269.104 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00971392120088260050 0500809711393 20130000127484 500809711393 7982010
971392120088260050

EM MESA

JULGADO: 15/08/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E B DA S

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.