



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.635 - SP (2011/0050292-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : FERNANDO VERNICE DOS ANJOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R B DE S

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENORES. DELITOS PRATICADOS ANTERIORMENTE À LEI N. 12.015/09. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE CONCURSO FORMAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES PRATICADOS MEDIANTE VÁRIAS AÇÕES. RECONHECIMENTO DE CRIME CONTINUADO. CRIMES PRATICADOS NAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO, LUGAR E MESMO *MODUS OPERANDI*. DESNECESSÁRIO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NO CASO CONCRETO. VÍTIMAS DIFERENTES. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO. CRITÉRIO DO AUMENTO DA PENA. NÚMERO DE INFRAÇÕES DELITIVAS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ, sem prejuízo da verificação das alegações expostas na inicial, ante a possibilidade de se verificar a existência de flagrante constrangimento ilegal.

2. O concurso formal pressupõe que o agente pratique um ou mais crimes, idênticos ou não, mediante uma só ação ou omissão. Precedentes. *In casu*, constata-se a prática de várias ações, várias condutas. Assim, embora, no ritual criminoso, o paciente tenha molestado duas meninas com condutas idênticas ou muito parecidas, não há falar em único ato, de maneira que a tese do concurso formal não se sustenta.

3. A forma como as instâncias ordinárias descreveram a prática delituosa autoriza dizer, sem revolvimento fático-probatório, que as condutas podem ser tidas como subsequentes, uma vez que os dois atentados violentos ao pudor – crimes da mesma espécie – foram praticados no mesmo tempo e lugar e com o mesmo *modus operandi*, devendo, portanto, ser reconhecida a continuidade delitiva prevista no art. 71, parágrafo único do Código Penal – CP.

4. O fato de os crimes terem sido praticados contra vítimas diferentes não tem o condão de obstar o reconhecimento do crime continuado, porquanto o dispositivo penal que disciplina o instituto não impõe como condição a prática dos delitos contra única vítima. Precedentes.

6. O STJ sedimentou o entendimento de que o aumento da pena – tanto na continuidade simples quanto na continuidade específica – deve se pautar no número de infrações cometidas e também nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais, partindo-se do patamar mínimo de 1/6. Precedentes.

7. No caso concreto, o Tribunal de origem, considerando favoráveis as circunstâncias judiciais, fixou a pena-base para cada um dos crimes no patamar mínimo, ou seja, 6 anos de reclusão. Assim, tendo sido praticadas duas infrações, o aumento referente à continuidade delitiva deve incidir no percentual de 1/6.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a continuidade delitiva, redimensionando a pena imposta, conforme explicitado no voto.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.635 - SP (2011/0050292-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : FERNANDO VERNICE DOS ANJOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R B DE S

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de R B DE S, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 990.09.030992-0).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado por ter praticado delito tipificado no art. 214 do Código Penal – CP (atentado violento ao pudor), por duas vezes, na forma do art. 69 do CP (concurso material), à pena de 16 anos de reclusão.

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso, tão somente para reduzir a pena-base, o que resultou na fixação de 6 anos de reclusão para cada crime de atentado violento ao pudor, perfazendo o total de 12 anos de reclusão. Acórdão às fls. 230/244.

No presente *writ*, o impetrante alega, preliminarmente, que *"não visa rediscutir as provas amealhadas aos autos, ou seja, os fatos comprovados não serão discutidos."* Sustenta que pretende *"apenas demonstrar que tais fatos, como se deram, caracterizam concurso formal e não concurso material de crimes."* (fl. 2)

Como tese principal, a defesa aduz que, pelo modo como se deram os fatos, está clara a ocorrência de concurso formal de crimes, conforme dispõe o art. 70 do CP. Assim, alega que *"o agente constrangeu as vítimas a praticarem com ele atos libidinosos diversos da conjunção carnal mediante uma única ação."* Afirma que *"o constrangimento de ambas as vítimas foi simultâneo, ou seja, o agente puxou as duas pelos braços ao mesmo tempo e as ameaçou de forma unitária"* (fl.3) Assim, sustenta que *"pelo modo como se deram os fatos, de rigor a aplicação do concurso formal de crimes, pois com uma única conduta atingiu-se dois bens jurídicos distintos."* (fl. 4)

Subsidiariamente, apresenta a tese da ocorrência de crime continuado. Sustenta que *"se houver entendimento no sentido de que o agente praticou mais de uma ação, deve-se reconhecer que tais ações se deram pelas mesmas condições de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tempo, lugar e maneira de execução." (fl. 5)

Pugna, assim, pelo reconhecimento do concurso formal e, subsidiariamente, pelo reconhecimento da continuidade delitiva entre os dois crimes de atentado violento ao pudor.

Ausente pedido de medida liminar.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 256/291.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer às fls. 295/301, opinando pela denegação da ordem, sob o argumento de que houve a prática de mais de uma ação contra vítimas diferentes.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.635 - SP (2011/0050292-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se no presente *writ* o afastamento do concurso material de crimes para que se reconheça o concurso formal próprio ou, subsidiariamente, a continuidade delitiva.

Para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo trecho da sentença:

"R B DE S, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso no artigo 214, por duas vezes, artigo 224, alínea 'a', artigo 225, parágrafo 1º, inciso I, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, porque no dia 06 de março de 2005, na Rua Marechal Deodoro, 1056, nesta Comarca, teria constrangido, mediante violência presumida, as menores J F C, então com nove anos de idade, e M M DOS S, então com oito anos de idade, a permitir que com elas praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Segundo se apurou, o acusado e a mãe das vítimas residiam na habitação coletiva existente no local dos fatos. Na data em questão, as vítimas brincavam no quintal do imóvel quando R B DE S as chamou para conversar. Como não aceitaram acompanhá-lo, ele as levou pelos braços para dentro de sua casa, onde as despiu e passou a acariciar suas vaginas, nas quais introduziu os dedos. Ademais, ele ainda obrigou as vítimas a beijá-lo, afirmando que elas eram suas namoradas e determinou que M M DOS S segurasse e acariciasse seu pênis. Concretizadas as ações, ele mandou que as meninas se vestissem e fossem embora, ameaçando matá-las caso contassem o que ocorrera às respectivas genitoras." (fls. 134 e 135).

Ressalte-se que, nos termos da sentença, *"as vítimas, em suas declarações, confirmaram a dinâmica dos fatos conforme a denúncia e suas genitoras ratificaram as circunstâncias nas quais tomaram conhecimento do ocorrido, também consoante a inicial." (fls. 136).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão impugnado manteve a condenação com fulcro na prova oral que corrobora descrição da inicial acusatória. A propósito confira-se :

Nas duas oportunidades em que foram ouvidas (fls. 04/05, 184/187 e 191/196) e apesar de contarem com pouca idade, as vítimas forneceram relatos firmes e bastante congruentes.

Asseveraram que estavam brincado de boneca quando o apelante se aproximou e as puxou, manifestando o desejo de mexer com elas.

Mesmo relutando e sempre sob a ameaça de morte de suas genitoras, as ofendidas foram à residência do apelante, onde foram despedidas e ele, também nu, passou a acariciá-las (aí ele foi lá e enfiou o dedo bem no meu negócio... - fls. 193), determinando, ainda, que nele também tocassem (ele pegou a nossa mão e mandou nós fazer aquele negócio para ele, aí nós não queria. Ele pegou a mão da minha sobrinha J F C e colocou no dele ... - fls. 194).

A respaldar as seguras imputações das crianças, surgiram os depoimentos de suas genitoras, M I C e D DOS S, mormente aqueles prestados sob o crivo do contraditório. (fls. 235/236).

Sobre o concurso de crimes, assim se pronunciou o acórdão impugnado:

Por derradeiro, em face do concurso material de crimes, as reprimendas serão somadas e definitivamente fixadas em 12 (doze) anos de reclusão.

Isto porque, nem de longe se cuidou de crime único, como alvitado pela combativa Defensoria Pública, pois foram duas – e bem distintas – as ações criminosas perpetradas pelo apelante, o que também repele a ocorrência de concurso formal. Da mesma maneira inexistiu sequer continuidade delitiva, pois as condutas bastante individualizadas, não podem ser tidas como subsequentes. (fl. 241).

Com efeito, a tese do concurso formal não resiste a mera leitura dos fatos delituosos. O concurso formal pressupõe que o agente pratique um ou mais crimes, idênticos ou não, mediante uma só ação ou omissão. Incabível falar em única ação no caso concreto. O agente não satisfeito com uma menina, levou as duas para saciar sua lascívia, imprimindo força e fazendo ameaças. Não há como sustentar que sua ação se direcionava para uma única vítima e que, por obra do acaso, sua conduta única atingiu a segunda vítima.

Pela dinâmica dos fatos, constata-se a prática de várias ações, várias condutas. Redundante dizer, mas é necessário frisar que o paciente praticou as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condutas delituosas contra cada uma das vítimas, de forma individualizada. Embora, no ritual criminoso, tenha molestado as duas meninas com condutas idênticas ou muito parecidas, não há falar em única ação por parte do agente, de maneira que a tese do concurso formal não se sustenta.

Sobre a prática de uma única ação como requisito obrigatório para configurar o concurso formal, vejam-se os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 157, § 2º, II (POR DUAS VEZES), NA FORMA DO ART. 70, CAPUT, AMBOS DO CP. ROUBO CONTRA PATRIMÔNIOS DIVERSOS. AÇÃO ÚNICA. CONCURSO FORMAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Hipótese em que o delito (roubo majorado) ocasionou lesão ao patrimônio de vítimas diversas, mediante uma mesma conduta. Impossibilidade de reconhecimento de crime único, mas sim de concurso formal, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias (precedentes do STF e do STJ).

Habeas corpus não conhecido (HC 335.351/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. CONCURSO FORMAL. AÇÃO ÚNICA. LESÃO A TRÊS PATRIMÔNIOS DISTINTOS. INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 70 DO CP. QUANTUM DE AUMENTO. TRÊS INFRAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REDUÇÃO DA PENAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Nos casos em que o agente criminoso, mediante uma única ação, lesiona patrimônios pertencentes a mais de uma vítima, incide a regra do concurso formal, não havendo que se falar em crime único.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a pena deve ser aumentada na fração de 1/5 quando caracterizada a prática de roubo contra três vítimas em concurso formal, ao contrário do que restou decidido nas instâncias ordinárias. Precedentes.

3. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no HC 233842/MG, Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25.2.2014, DJe 10.3.2014).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PELO CONCURSO DE AGENTES. COMETIMENTO EM FACE DE VÍTIMAS E PATRIMÔNIOS DISTINTOS EM UMA MESMA OPORTUNIDADE, MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO. CONCURSO FORMAL IMPERFEITO CONFIGURADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. PLURALIDADE DE CONDUTAS NÃO CARACTERIZADAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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. Uma vez assentado pelas instâncias ordinárias que os delitos foram cometidos em uma mesma oportunidade, mediante uma só ação, não há falar em crime continuado, que pressupõe a ocorrência de crimes cometidos em momentos diversos por meio de mais de uma ação ou omissão.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, em se tratando de crime cometido mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, resta configurada hipótese de concurso formal imperfeito. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 179676/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22.9.2015, DJe 19.10.2015).

Como se vê, o reconhecimento de concurso formal pressupõe a prática de uma única ação, o que não se verifica no caso concreto. Conforme consignado no acórdão impugnado, "*foram duas e bem distintas as ações criminosas perpetradas pelo apelante.*" (fl. 241)

De outro lado, a mera leitura do acórdão autoriza discordar do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastamento da continuidade delitiva.

Segundo a teoria mista, consagrada no direito brasileiro, o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado, prevista no art. 71 do CP, adota como premissa que determinado agente pratique duas ou mais condutas da mesma espécie em semelhantes condições de tempo, lugar e *modus operandi* – requisitos objetivos – com unidade de desígnios entre os delitos cometidos – requisito subjetivo.

Vejamos a redação do artigo do Código Penal que disciplina o instituto do crime continuado:

*"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.*

*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."*

In casu, embora o Tribunal de origem tenha afirmado que as condutas foram "*bastante individualizadas*", a descrição da prática delitiva feita no próprio acórdão revela que a ação delituosa se desenvolveu ao mesmo tempo e local e com idêntico *modus operandi*.

Em outras palavras, no caso concreto, a forma como as instâncias ordinárias descreveram a prática delituosa autoriza dizer, sem revolvimento fático probatório, que as condutas podem ser tidas como subsequentes, uma vez que os dois atentados violentos ao pudor – crimes da mesma espécie – foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e com o mesmo modo de execução.

Ademais, o crime continuado, por óbvio, pressupõe mais de uma conduta, que podem ser direcionadas a vítimas diferentes, atendido o requisito de que os crimes praticados sejam da mesma espécie. O fato de os crimes terem sido praticados contra vítimas diferentes não tem o condão de obstar o reconhecimento do crime continuado, conforme afirmou o parecer ministerial, porquanto o dispositivo penal que disciplina o instituto não impõe como condição a prática dos delitos contra única vítima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema trago julgados de ambas as Turmas desta Corte Superior que restaram assim ementados:

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

3. Assim, se as instâncias ordinárias reconheceram a figura do crime continuado, não há como acolher a existência de reiteração de delitos ou a habitualidade criminosa - pelo fato de os abusos sexuais terem ocorrido por extenso período de 2 anos - sem incursionar no conjunto fático-probatório dos autos, vedado na via eleita, em face do óbice contido na Súmula 7 do STJ.

4. A Terceira Seção deste Tribunal, em sede de recurso representativo da controvérsia, firmou orientação no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados antes da Lei n. 12.045/2009, ainda que em sua forma simples, são considerados hediondos.

5. No caso, constata-se que o recorrente alegou negativa de vigência ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007. entretanto, o dispositivo legal apontado como violado não contém comando normativo suficiente para desconstituir os fundamentos do acórdão recorrido, em virtude da declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

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 1359778/MG, Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10.3.2015, DJe 26.3.2015).

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTRAVENÇÃO PENAL. VÍTIMAS CRIANÇAS DE 8 E 9 ANOS. INCOMPATIBILIDADE. ART.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

1. A controvérsia atinente à desclassificação para contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1491 prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a relavoração de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. Nega-se vigência ao art. 217-A do CP quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima (crianças), desclassifica-se a conduta para contravenção penal, ao fundamento de que as "ações se deram sobre a roupa e de forma ligeira, não havendo prova de qualquer contato físico direto, nem a prática de outro ato mais grave."

3. A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.

4. É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, Precedentes.

5. Readequação da pena, tendo em vista o afastamento do concurso material em relação ao crime praticado contra 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 a 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, Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28.6.2016, DJe 1.8.2016).

Ressalto, mais uma vez, que, na espécie, é desnecessário incursionar no conjunto fático probatório para reconhecer a continuidade delitiva. Isto porque, na singularidade do caso concreto, o Tribunal de origem não afirmou em momento algum que os fatos ocorreram em circunstância de tempo e lugar distintos e tampouco fundamentou a prática diferenciada do delito para cada vítima. Simplesmente afirmou que *"as condutas bastante individualizadas não podem ser tidas como subsequentes."*

Verifica-se que o Tribunal *a quo*, afastou o instituto da continuidade delitiva com uma afirmação peremptória que não resiste à dinâmica dos fatos descrita na denúncia e que, segundo as instâncias ordinárias, foi confirmada na instrução probatória. Assim, da leitura da sentença e acórdão, sem a análise de qualquer outra documentação, extrai-se que as vítimas, no mesmo dia, hora e local sofreram atentado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violento ao pudor executado de forma idêntica.

Diante disso, reconheço que a aplicação do concurso material constitui constrangimento ilegal relatado pela defesa, devendo ser aplicado a regra do crime continuado descrita no art. 71, parágrafo único, do CP.

Nesse ponto, observo que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o aumento da pena – tanto na continuidade simples (art. 71, *caput*, do CP) quanto na continuidade específica (art. 71, parágrafo único, do CP) – deve se pautar no número de infrações cometidas e também nas circunstâncias judiciais, partindo-se do patamar mínimo de 1/6.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL E ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (PREVISTO NA ANTIGA REDAÇÃO DO CÓDIGO PENAL.) TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA PELA CORTE PENAL. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. AUMENTO A SER EMPREGADO COM FULCRO NA CIRCUNSTÂNCIA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E NA QUANTIDADE DE CRIMES. EMPREGO DE ARMA POR GUARDA CIVIL PARA O COMETIMENTO DE DELITOS. RESPONSABILIZAÇÃO PELO PORTE ILEGAL DA ARMA DE FOGO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DOS DELITOS SEXUAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1, (...)

2. *Para a majoração da pena, na continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, deve haver fundamentação com base no número de infrações cometidas e também nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que não ocorreu na hipótese. Precedentes desta Corte.*

3. (...)

4. (...)

5. *Habeas corpus parcialmente concedido para fixar o aumento da continuidade específica para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, previsto nos arts. 213 e 214, do Código Penal (em sua antiga redação), em 1/6 (um sexto), nos termos delineados no voto. (HC 135235/SP, Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23.8.2011, DJe 8.9.2011).*

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONTINUIDADE DELITIVA. DOIS CRIMES. AUMENTO DE METADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CRITÉRIO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. PRECEDENTES. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego de *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Há flagrante ilegalidade a ser sanada de ofício se, em decorrência do cometimento de dois crimes, em continuidade delitiva, o magistrado acresceu a sanção de 1/2 (metade). **Nos termos da jurisprudência desta Corte, tal aumento deve se dar de acordo com o número de infrações, definindo-se o patamar mínimo, de 1/6 (um sexto), para a hipótese de dois delitos.**

3. Writ não conhecido. Ordem de ofício para reduzir a reprimenda para 7 (sete) anos de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão. (HC 170989/SP, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21.2.2013, DJe 1.3.2013).

Conforme relatado, o Tribunal de origem fixou, para cada um dos crimes, a pena-base no patamar mínimo, ou seja, em 6 anos de reclusão, não havendo que se falar, portanto, em circunstância judicial desfavorável. Assim, tendo sido praticadas duas infrações, fixo em 1/6 o aumento referente à continuidade delitiva de forma que, refazendo a dosimetria da reprimenda, fica imposta a pena total de 7 anos de reclusão, mantendo-se os demais termos da condenação.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus* e de conceder a ordem de ofício para reconhecer a continuidade delitiva, redimensionando a pena imposta para 7 anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0050292-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.635 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4432006

50050307606

990090309920

EM MESA

JULGADO: 20/09/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDO VERNICE DOS ANJOS - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : R B DE S

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.