

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.465.433 - MS (2019/0073119-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **A R M (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por A. R. M., em adversidade à decisão que inadmitiu o recurso especial manejado com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 336):

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) - CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO - IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DE RELAÇÃO FAMILIAR E DE CONFIANÇA - INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CP. RECURSO DESPROVIDO.

I - Não atenta contra o princípio da presunção de inocência, previsto pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, a sentença que acolhe pretensão acusatória com base em conjunto de provas seguro, extreme de dúvida, excluindo a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.

II - Nos crimes de natureza sexual, em geral praticado na clandestinidade, as declarações das vítimas consubstanciam relevante meio de prova para o esclarecimento dos fatos e embasar decreto condenatório, notadamente quando dotadas de coerência e em harmonia com outros elementos de provas produzidos nos autos.

III - Causas de aumento de pena integram o preceito secundário da norma, não sendo facultado ao magistrado a sua exclusão. Comprovado que o acusado, na época do crime, prevaleceu-se de relação familiar e de confiança que mantinha com a mãe da vítima, deve incidir a majorante prevista no artigo 226, II, do CP.

IV - Recurso a que, com o parecer, nega-se provimento.

Opostos embargos de declaração pela defesa, estes foram rejeitados pelo Tribunal *a quo*, nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ fl. 383):

EMENTA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO

Superior Tribunal de Justiça

CRIMINAL - ESTUPROS DE VULNERÁVEIS - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO PELO NÃO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Sendo a aplicação da continuidade delitiva em detrimento do concurso material matéria de ordem pública, a falta de análise da mesma quando caracterizada constitui omissão do Acórdão, a ser sanada via embargos declaratórios.

II - A prática de reiterados estupros em face de diferentes vítimas em datas e situações diversas torna impossível a incidência do benefício do crime continuado.

III - Com o parecer. Embargos rejeitados.

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 396/408), o recorrente aponta, em síntese, violação do artigo 71, do Código Penal. Sustenta o afastamento do concurso material e a incidência de crime continuado, em razão do preenchimento de todos os requisitos legais, não constituindo óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva o fato de os crimes terem sido praticados contra vítimas distintas.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 415/423), o recurso foi inadmitido pela Corte local (e-STJ fl. 426/428), dando ensejo à interposição do agravo ora apreciado.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 472/475).

É o relatório. **Decido.**

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

Passo, então, à análise do recurso especial.

Primeiramente, a questão acerca da aplicação da continuidade delitiva entre os crimes de estupro de vulnerável, prescinde do reexame de provas; sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

No que concerne à pretensão de reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de estupro de vulnerável, o Juízo sentenciante, ao firmar sua convicção acerca da autoria e materialidade, assim se pronunciou (e-STJ fls. 233/234):

[...]

A vítima Amanda Carolina Martins de Souza foi ouvida pela autoridade policial às f. 10. Na ocasião, a vítima foi enfática ao afirmar que **o réu aproveitava os momentos em que a genitora dela não estava na residência para poder praticar os atos libidinosos:**

"(...) conhece Alvaney Rodrigues Martins, irmão de seu padrasto. Esse ano, Alvaney ficou morando por algum tempo na casa da declarante. Quando morava com a delcarante [sic] Alvaney sempre queria que ela dormisse com ele e, como se recusava a fazer isso, ele ficava bravo. **Quando sua mãe não estava em casa, Alvaney triava [sic] o seu short e a sua calcinha e ficava passando a mão em sua 'perereca'. A declarante falava para ele parar, mas Alvaney falava que não iria parar. Informa que Alvaney praticou com ela esse tipo de ato por quatro vezes. Alvaney nunca mostrou o 'pi-pi' dele para a declarante. Alvaney também nunca colocou a boca dele em sua 'perereca'. A declarante não gostava quando Alvaney fazia essas coisas com ela e tinha raiva dele (...)**"

A vítima Amanda manteve a mesma versão ao ser ouvida em juízo (f. 106-107). Na ocasião, a menor foi questionada se aconteceu alguma "coisa chata" com ela no passado e ela respondeu que sim. A vítima afirmou que **a pessoa de Vainei mexia com ela e passava a mão nela por debaixo da roupa. A vítima confirmou, ainda, que o réu também mexeu com as primas dela, Leticia e Mairá Eduarda Informou que o réu mexia com ela em sua residência e que os fatos ocorrem por mais de uma vez.**

No mesmo sentido encontra-se o depoimento da vítima Leticia Gabrieli em juízo (f. 152). Na ocasião, a vítima afirmou que **o réu passou a mão em seu corpo e que um dia ele chegou a abaixar a bermuda dele e que se encostou nela. Afirmou que o réu chegou a fazer as mesmas coisas com ela. Confirmou que o réu lhe ofereceu uma moeda para ela comprar coisas no mercado, pedindo para ela não contar para ninguém as coisas que aconteceram com ela.**

A terceira vítima Maira Eduarda também confirmou ter sido violentada pelo acusado quando ouvida na fase judicial (f. 152). Para tanto, vale transcrever o depoimento:

"MP: Então, o que está escrito aqui, é que você foi lá na delegacia, e al você 'conversou com a conselheira tutelar e você contou para ela que o Alvaney tinha levado você para um quarto, pedido para você tirar a roupa e depois ele ficou passar a mão no seu corpo, isso aconteceu mesmo?"

M: Aconteceu.

MP: E você disse para ele também, que ele não tirou a roupa, ele ficou de roupa e que ele não disse para você não contar nada pra ninguém, mas mesmo assim você contou para sua mãe, foi isso que aconteceu mesmo?"

M: Sim.

MP: E com sua irmã Leticia, você sabe se ele fez a mesma coisa?"

M: Ele fez."

Superior Tribunal de Justiça

[...]. - grifei

No julgamento do apelo defensivo, o Tribunal de origem consignou (e-STJ fl. 339):

[...]

Não obstante a negativa de Alvanei, as vítimas, apesar de tão pouca idade, confirmaram os abusos.

*Amanda Carolina Martins, em juízo, disse que o apelante tinha o **hábito de passar a mão em seu corpo "por baixo da roupa"**. Acrescentou que ele fazia o mesmo com suas primas, **Letícia e Maira Eduarda f. 106/107.***

Letícia Gabrielli Flores ratificou o que havia dito à Conselheira Tutelar anteriormente, explicando que costumeiramente ia brincar na casa da prima Mariana onde também morava "Tio Vanei" (Alvanei). Nessas ocasiões o apelante a chamava pra ir até o quarto, tirava sua roupa e acariciava seu corpo.

Letícia ainda esclareceu que, em dada oportunidade, Alvanei também se despiu e friccionou seu corpo ao dela. E concluiu dizendo que o apelante fazia ameaças e lhe oferecia dinheiro média de f. 152.

Maira Eduarda Flores reafirmou que Alvanei a levou até um quarto, a desnudou e passou a mão em seu corpo. Assegurou que o apelante fez a mesma coisa com sua irmã Letícia média de f. 152.

[...]. - grifei

Na apreciação dos embargos de declaração defensivos, a Corte a quo assim se manifestou em relação ao concurso entre os delitos imputados ao recorrente (e-STJ fls. 385/386):

[...]

A continuidade delitiva é a modalidade de concurso de crimes que se verifica quando o agente, mediante duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, local, modo de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, conforme previsto no art. 71 do CP.

Assim, para que se configure o crime continuado, necessário preencher certos requisitos: pluralidade de condutas, pluralidade de crimes da mesma espécie e condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

É certo que, no caso dos autos, houve pluralidade de condutas e os crimes cometidos pelo embargante subsumem-se ao mesmo tipo penal (estupro de vulnerável). No entanto, segundo a prova dos autos, os crimes foram praticados mediante mais de uma ação ou omissão, contra

Superior Tribunal de Justiça

vítimas distintas, em situações diversas, ou seja, em datas e circunstâncias diferentes. [...]. - grifei

Com efeito, o crime continuado, modalidade de concurso de crimes, constitui-se em benefício penal que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua configuração, o art. 71, *caput*, do Código Penal, exige, cumulativamente, a presença de três requisitos de ordem objetiva: (i) pluralidade de condutas; (ii) pluralidade de crime da mesma espécie; e (iii) condições semelhantes de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

Adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista, a doutrina e jurisprudência inferiram implicitamente da norma um quarto requisito para a caracterização da continuidade delitiva: a unidade de desígnios na prática dos crimes.

Não obstante a Corte *a quo* tenha asseverado que os delitos foram praticados contra vítimas distintas, em datas e circunstâncias diferentes (e-STJ fl. 385), para assim concluir pela incidência de concurso material nos crimes de estupro de vulnerável (art. 69, do CP), verifico, na espécie, a ocorrência de flagrante ilegalidade, visto que, a partir dos trechos acima transcritos, é possível concluir pela presença de homogeneidade de contexto fático.

Na hipótese vertente, as instâncias ordinárias consignaram que o recorrente praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra as vítimas vulneráveis Amanda, Letícia e Maira Eduarda (menores, com 8 e 7 anos de idade à época dos fatos), ofendendo a dignidade sexual destas, sempre na mesma residência, com idêntico *modus operandi* (aproveitando-se de momentos a sós com as vítimas para retirar as vestes destas, acariciar seus corpos e passar a mão na vagina) e no mesmo espaço de tempo (entre os meses de junho e julho de 2012).

Ademais, registro, por oportuno, que o fato de os delitos terem sido praticados contra vítimas distintas, por si só, não constitui óbice à configuração do crime continuado, desde que preenchidos os demais requisitos, como é o caso dos autos.

Superior Tribunal de Justiça

Dito isso, reputo inafastável, *in casu*, a incidência da benesse do crime continuado (art. 71, do CP).

No que diz respeito ao patamar de aumento aplicável em decorrência do reconhecimento da continuidade delitiva, prevalece nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que deve ser aplicada 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.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. CORRUPÇÃO DE MENOR. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. CONCURSO FORMAL ENTRE OS DOIS PRIMEIROS ROUBOS. CONTINUIDADE DELITIVA COM OUTROS DOIS DELITOS. BIS IN IDEM CONFIGURADO. REGRA DO ART. 70 DO CP AFASTADA. CONDENAÇÃO POR QUATRO CRIMES EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE 1/4 APLICÁVEL À HIPÓTESE. 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. 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. Assim, 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, por exigirem revolvimento probatório.

3. Este Superior Tribunal de Justiça entende que, ocorrendo, na mesma hipótese, o concurso formal entre os delitos e a continuidade delitiva, deve o primeiro ser afastado, sendo aplicado apenas o disposto no art. 71 do Código Penal, devendo o quantum de aumento ser regulado pela quantidade total de condutas delituosas praticadas pelo agente, sob pena de bis in idem. Precedentes.

4. No tocante à continuidade delitiva, a exasperação da pena 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 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4

Superior Tribunal de Justiça

infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente pelos delitos de roubo para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 17 dias-multa. (HC 411.169/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018).

Nessa linha, considerando que os crimes de estupro de vulnerável foram praticados 4 vezes contra a vítima Amanda, 3 contra a vítima Letícia e 2 contra a vítima Maira Eduarda, sempre em oportunidades distintas (e-STJ fls. 233 e 236), aplico a majoração de 2/3 pela continuidade delitiva genérica.

Dessa forma, mantidos os critérios da Corte de origem, a pena definitiva pelos crimes do art. 217-A, c/c o art. 226, inciso II, do Código Penal, em continuidade delitiva (art. 71, caput, do Código Penal), fica redimensionada para 20 anos de reclusão.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, para, reconhecendo a incidência da continuidade delitiva entre os crimes de estupro de vulnerável, redimensionar a pena do recorrente para 20 (vinte) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 24 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator