AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.957 - DF (2018/0341958-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE	:	M V DE H (PRESO)
AGRAVANTE	:	M S DA S (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por M V DE H e M S DA S contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Depreende-se dos autos que M. S. DA S. foi condenado, como incurso no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e M. V DE H. foi condenada, como incursa nos arts. 133, § 3º, II, e 217-A, c/c o art. 226, II, c/c o art. 71 (sete vezes), na forma da alínea "a" do § 2º do art. 13, todos do Código Penal, às penas de 8 meses de detenção e de 20 anos de reclusão, em regime inicial fechado (e-STJ fls. 293/320).

Irresignada, apelou a defesa. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso conforme a seguinte ementa (e-STJ fls. 409/410):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. GENITORA - CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO. POSSIBILIDADE. ABANDONO DE INCAPAZ. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVO. DEPOIMENTO EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*
>
> *1. Nos crimes contra a dignidade sexual, frequentemente cometidos às ocultas, a mingua de testemunhas, as declarações da vitima, quando harmônicas e coesas entre si e com as demais provas dos autos, possuem especial relevância para fundamentar a condenação.*
>
> *2. A vítima descreve os abusos perpetrados pelo apelante e foi corroborada com o encaixe perfeito da prova testemunhal, não havendo que se falar em insuficiência de provas para amparar a condenação.*
>
> *3. Nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, o*

> *nexo de causalidade necessário para sua caracterização decorre de uma relação normativa, em que o omitente, por imposição legal, devia e podia agir para evitar o resultado, mas que, em razão de sua omissão, dolosa ou culposa, acaba por produzir o resultado. 3.3. Na espécie, a prova coligida demonstrou inequívoca ciência da genitora acerca dos abusos sexuais perpetrados contra sua filha.*
>
> *4. Em relação ao quantum do aumento de pena no crime continuado, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em consagrar como critério a quantidade de infrações cometidas. In casu, embora não se tenha comprovação da quantidade exata de infrações praticadas contra a vitima, é certo que as provas dos autos acenam no sentido de que foram diversas vezes, destacando-se que os abusos sexuais ocorreram entre os anos de 2016 e 2017, o que justifica o aumento máximo de 2/3 (dois terços).*
>
> *5. Recurso conhecido e não provido.*

Daí o recurso especial, no qual a defesa alegou violação aos arts. 386, IV, do Código de Processo Penal e 71 do Código Penal.

Afirmou que a ré M. V DE H. não concorreu dolosamente para a ocorrência dos abusos, requerendo a sua absolvição.

Defendeu, outrossim, que, *"em que pese o juízo a quo afirmar que os abusos sexuais ocorreram por diversas vezes, não há prova nos autos da quantidade de crimes efetivamente praticados contra a vítima. Há, por conseguinte, mera presunção de que os abusos ocorreram mais de uma vez, o que não justifica a adoção da fração máxima em razão da continuidade delitiva"* (e-STJ fl. 447).

Contrarrazões às e-STJ fls. 455/460.

Inadmitido pelo Tribunal de origem, o recurso subiu a esta Corte por meio de agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **desprovimento do agravo** (e-STJ fls. 493/494).

É, em síntese, o relatório.

Decido.

De início, conforme relatado, a defesa pleiteia a absolvição da ré M. V DE H., alegando que as provas carreadas aos autos não corroboram a acusação, pois ela não teria agido dolosamente.

O Tribunal de origem, no ponto, manifestou-se nos seguintes termos (e-STJ fls. 415/431):

> *A materialidade dos delitos narrados na denúncia encontra-se demonstrada especialmente pelo Auto de Prisão em Flagrante n° 1318/2016 (fls. 02- E/09); Ficha de Atendimento do Conselho Tutelar do ltapoã/DF (fl. 32); Ocorrência Policial n° 14.424/2016 (fls. 37/42); Parecer Técnico 213/2017 da Secretaria Psicossocial Judiciária - SEPSI (fls. 176/178), além da prova oral colhida em sede inquisitorial e em Juízo. Ao contrário do que alegam os apelantes, o conjunto probatório é suficiente para embasar o decreto condenatório.*
>
> *De igual forma, a autoria delitiva restou devidamente comprovada, consoante se passa a demonstrar.*
>
> *Na fase inquisitorial, por ocasião da prisão em flagrante dos acusados, o policial militar FREDERICO SILVA CRILLANOVICK, condutor da diligência, relatou que:*
>
> > *(...) ao chegar ao local da ocorrência, verificou que uma criança estava sob os cuidados de uma vizinha, a qual afirmou que a menina era vítima de abandono, pois sua mãe, alcoólatra, sempre a deixava na rua, sem alimento e sem banho. Em seguida, destacou que ouviu relato espontâneo da própria criança quanto ao fato de ter sido molestada pelo namorado da mãe, a qual, referindo-se e apontando para o réu [M.], disse: "Tio, esse homem tentou chupar minha xereca'. Que era um dia de sábado e a criança, muito suja, assustada e com fome, ainda estava com uniforme escolar. Que tentou entrevistar a mãe da menina e seu namorado, os quais, bastante embriagados, negaram os fatos que lhes foram imputados. (...). (Fl. 02-E).*
>
> *Em Juízo (mídia de fl. 203), a testemunha policial narrou que a polícia foi acionada por [E.] e, ao chegar no local indicado, visualizou a vítima escondida dentro da casa, bastante assustada; que era madrugada de sábado para domingo e a criança ainda vestia uniforme, e estava suja, descabelada e com fome; que, na ocasião, B. lhe relatou que a mãe levava vários homens para a casa dela, local em que namoravam, e que as vezes a mãe fica desacordada, devido ao uso de bebida alcoólica, oportunidade em que alguns desses homens tocavam na criança; que B. esclareceu que os atos libidinosos consistiam em: "chupa minha xereca, pega no peito, pega na minha bunda, essas coisas"; que estava conversando com B. quando os acusados chegaram em casa; que B. apontou para [M.] e disse "esse homem tentou chupar a minha xereca"; que ao entrar na casa da ré, visualizou os acusados visivelmente embriagados; que a casa estava completamente bagunçada e que não havia comida na geladeira; que estava bem caracterizada a situação de abandono da criança; que levaram B. para o conselho tutelar e, após, conduziram os acusados para a delegacia; que o fato teria acontecido reiteradas vezes; que B. fez menção a outras pessoas dizendo que "os amigos da minha mãe ficam chupando minha xereca e dói muito que chega a inchar"; que B. lhe relatou que quando voltava da escola ficava sozinha em casa.*

Segundo o policial, a vítima estava bastante assustada, e praticamente "pedindo socorro" diante de toda a situação que enfrentava. Relatou que a criança disse que a mãe, pelo fato de estar constantemente embriagada, levava homens para casa e acabava dormindo, e, assim, os indivíduos praticavam abusos contra ela, não no "sentido de conjunção carnal, mas sim de atos libidinosos". Sendo assim, a criança ficava em uma situação de completa vulnerabilidade, pois desprotegida.

Acerca do abandono material e afetivo por parte da genitora, a testemunha policial esclareceu, após informações prestadas pela vizinha [E.] e pela vítima, que a criança já foi encontrada algumas vezes sozinha, durante a madrugada; que B. chega da escola e fica sozinha em casa e que às vezes vai para a casa da "tia [E.]", onde fica brincando, uma vez que a mãe fica fora de casa e ela, sempre sozinha. Por fim, disse que a criança ainda vestia uniforme mesmo sendo em um sábado, pois a mãe não estava em casa, e que a menina não havia tomado banho desde o dia anterior.

[E. J. DE O.], vizinha da vítima, narrou, em Juízo (mídia de fl. 188), que [M. V.] costumava beber muito e que, nessas ocasiões, não cuidava da filha B., além de praticar condutas sexuais na presença da criança. Disse que, muitas vezes, buscava a criança, suja e com fome, nos bares, e que cuidava dela, dando-lhe banho e comida. Afirmou que a criança estudava no período vespertino e que ia e voltava sozinha da escola, suja e cheirando mal. Que a mãe deixava a criança em situação de abandono e que mesmo após ter tomado conhecimento de que seu companheiro abusava da menor, nada fazia para impedir os abusos. Relatou, ainda, que era notório o nível exarcebado de sexualidade da criança, com apenas 7 anos de idade, e que durante as brincadeiras com sua filha, esfregava a boneca em sua genitália e fazia gestos obscenos, não característicos de uma criança desta idade.

Tanto em sede inquisitorial (fl.03), quanto em Juízo (mídia de fl. 188), [E.] prestou depoimentos coerentes e uníssonos, afirmando que:

> *(...) é vizinha de [M. V.]; que B. ficava abandonada na rua, suja e com fome, até 00h/01 h, enquanto a mãe estava bêbada; que B. ficava abandonada e a depoente a alimentava e dava banho; que a ré [M. V.] levava vários homens para a casa dela; que presenciou B. fazendo gestos obscenos ao brincar com a filha da depoente, colocando a 'xerequinha' na boca das bonecas; que ao perguntar como ela aprendeu isso, B. respondeu: 'a minha mãe que faz com o namorado dela; que, em outras oportunidades, B. narrou para a depoente que vários homens que frequentavam a casa da mãe chupavam a 'perereca' da criança; que os abusos sexuais ocorriam tanto na casa da ré quanto na casa de amigos dela, local em que, quando a mãe adormecia bêbada, os homens abusavam de B.; que B. relatou que era tocada por eles com o dedo e com a boca, de modo que a machucava; que acionou a polícia e, após a chegada dos policiais, B., fazendo referência a [M.], disse-lhes: "esse aí é um dos que chupa minha xerequinha", que já falou claramente para [M. V.] acerca dos abusos sexuais relatados por B., contudo a ré afirmava que era mentira da criança; que [M. V.] já bateu um B.*

> *com cabo de vassoura, quando a criança falou sobre os abusos sofridos; que B. estudava no turno da tarde e quando retornava do colégio, ficava na rua. (...).(Grifo nosso).*

Da mesma forma, a conselheira tutelar MARIA DA SILVA SANTOS narrou em Juízo (mídia de fl. 188) que:

> *(...) É conselheira tutelar e ao ser acionada pela polícia se dirigiu à sede do Conselho, local em que recebeu B., a qual estava bastante suja, coçando a cabeça e com fome; que, na ocasião, B. relatou que não havia tomado banho desde o dia anterior; que estava com muita fome; que a mãe dela bebia muito e levava amigos para dentro de casa; que [M.] pedia para "chupar a xana" dela e, ainda, tentava levantar a blusa de B. e passar a mão nas partes íntimas da criança, e que ela saía correndo para a casa da vizinha; que a vítima relatou acerca de outros amigos de [M. V.] que também tinham o costume de abusar sexualmente da criança; que B. falava acerca dos abusos sexuais para a mãe, mas esta não acreditava e ainda brigava com a criança; que B. relatava os fatos para a vizinha, a qual cuidava dela, pois a mãe sempre estava bêbada; que o único homem nominalmente citado pela criança, como autor do abusos, foi [M.]. (...). (Grifo nosso).*

Corroborando as declarações da colega e conselheira tutelar, está o depoimento da testemunha DANIELE DE FÁTIMA SERPA PEREIRA, também conselheira tutelar, que declarou em Juízo (mídia de fl. 188) que:

> *(...) É conselheira tutelar e recepcionou B. no conselho; que, na ocasião, B. estava com fome e muito suja, vestindo o uniforme escolar desde o dia anterior, e que inclusive exalava mal cheiro, que B. relatou que [M.] tinha passado a mão nas partes íntimas (genitália) dela; e que era cuidada por vizinhos; que a mãe da criança tinha ciência da situação; que ao ser questionada, a mãe mentiu e disse que a criança havia tomado banho, mesmo ainda estando de uniforme desde o dia anterior; que B. disse que a mãe bebe muito. (...). (Grifo nosso).*

Na mesma assentada, [D. M. DE H. N.] afirmou em Juízo (mídia de fl. 188) que é irmã de B. somente por parte de mãe; que hoje tem vinte e quatro anos de idade e que até os onze anos de idade morou junto com B. e a mãe, e que, após isso, passou a morar com o pai. Relatou que a mãe tinha problemas com bebida alcoólica; que já encontrou a mãe bastante embriagada quando ia visitá-la; que, em outra ocasião, a mãe apresentou um outro homem como sendo namorado dela; que B. já havia se queixado de estar com fome quando a irmã foi visitá-la; que hoje B. mora com ela e com mais três irmãs; que B. somente comentou sobre o ocorrido com a irmã mais velha, [M.]; que [M.] comentou que B. havia falado com ela que [M.] tinha "mexido" e tocado nela.

A vítima B.H.A., ouvida por videoconferência, via SERAV - Serviço de Atendimento a Famílias em Situação de Violência (mídia de fl. 189), por profissional qualificada, relatou que:

> *(...) Hoje mora com seus irmãos e irmãs; que antes morava com a mãe; que a mãe sempre levava [M.] para a casa dela; que tentava sair de casa, pois [M.] fazia 'umas coisas muito má comigo', mas a mãe não a deixava sair; que [M.] a mandava se despir e, embora ela*

> *se negasse a tirar a roupa, ele o fazia a força; que [M.] ficava mexendo na sua xerequinha; que relatou os abusos para [M. V.], mas esta não quis acreditar; que os abusos aconteciam quase todos os dias e que a mãe as vezes estava em casa, as vezes tinha saído para comprar bebida; que algumas vezes os fatos aconteceram nos quartos e algumas vezes na cozinha da casa dela; que quem cuidava dela, dando banho e comida, era a vizinha [E.]; que o irmão de [M.] também já mexeu na 'xerequinha' dela; que passava mais tempos fora de casa do que dentro; que [M.] tocava nela por baixo da roupa; que [M.] encostou a boca na 'xereca' dela. (...). (Grifo nosso).*

Por sua vez, [M. V.], ao ser interrogada, negou a autoria dos fatos (mídia de fl. 203). Relatou que não trabalhava, "ficava só em casa ou fazia biquinho", sustentando-se apenas de renda oriunda de benefícios assistenciais; confirmou que é dependente alcoólica há muitos anos, mas costumava "beber ' apenas com colegas, só com mulher". Sobre [M.], alegou que o conhece há cerca de dois anos, "lá do Itapoã mesmo", mas ele não "vivia na sua casa", "não eram namorados, ele apenas a ajudava a construir seu barraco", mediante pagamento. Esclareceu que ele não tinha contato com sua filha B. e que não costumavam beber juntos. Acerca do dia da ocorrência, disse que saiu de casa para um almoço na casa de uma amiga, acompanhada da filha B., mas, depois do almoço, permitiu que a filha fosse brincar na casa das coleguinhas. Ao chegar em casa, à noite, encontrou [M.], sentado no quintal, na companhia de outra filha, [M.], "pois ele gostava muito dela". Ao notar a ausência de B., saiu em busca dela na vizinhança, inclusive na casa de [E.], que negou que a criança estivesse lá.

A ré confirmou que, no dia dos fatos, fez uso de bebida alcoólica, sustentando a versão de que a filha tomou banho e optou por vestir o uniforme da escola, mesmo sendo em um sábado. Acerca dos cuidados com alimentação e higiene, negou qualquer situação de abandono, alegando que sempre cuidou bem da filha. Com relação aos abusos sexuais, disse que nunca ouviu de B. qualquer queixa. Questionada sobre qualquer argumento que possa ser utilizado em sua defesa, enfatizou que nunca soube dos abusos sexuais infligidos à 'filha, e que tomou ciência dos fatos apenas por ocasião da audiência de custódia.

[M. S. DA S.], ao ser interrogado (mídia de fl. 203), negou a autoria dos fatos. Afirmou que conhece [M. V.] há cerca de cinco anos, e que são "amigos de tomar cachaça"; que é eletricista e que não presta serviço de pedreiro. Assumiu que frequentava a casa da ré, mas que não tinha muito contato com B. Disse que tinha contato com a criança quando a ré o chamava para fazer alguma coisa na casa dela; que tinha relações sexuais esporádicas com [M. V.]; que se considera dependente alcoólico; que nega a prática dos abusos sexuais narrados na denúncia. Por fim, afirmou que outros homens frequentavam a casa de [M. V.], para fins de consumo de bebida alcoólica. Com relação aos cuidados com a criança, [M.] afirmou que [M. V.] cuidava bem da filha, e que lhe dava banho, comida e a levava na escola.

Acerca do dia dos fatos, o réu narrou que [M. V.] A passou a tarde na casa dele, sendo que a criança estaria na escola; que, no início da

noite, ela o convidou para irem à casa dela, e que no trajeto "pararam no meio do caminho para bebe?'; que ao chegarem na casa dela, foram surpreendidos pelos policiais; que conhecia a vizinha [E.] apenas "de vista"; que B. poderia não gostar dele porque a mãe costumava levar a menina para os bares e a criança pedia para que ele lhe comprasse algumas coisas, como salgadinhos, e ele não atendia aos pedidos dela; que [M. V.] fazia uso frequente de bebida alcoólica e que não tinha qualquer ocupação, pois sobrevivia de benefícios assistenciais.

Da análise do conjunto probatório, nota-se que a despeito de os réus negarem as práticas delituosas, todo o contexto fático demonstra nada mais do que o exercício de direito de autodefesa e respeito ao principio da não autoincriminação.

Ademais, entende-se, na reiterada jurisprudência, que a palavra da vítima possui especial relevo probatório nos crimes contra a liberdade sexual, especialmente quando reafirmada por outros elementos probatórios.

Diante das situações fáticas ora analisadas, nas quais a vitima, mesmo sendo uma criança, descreveu os abusos perpetrados pelo acusado [M. S. DA S.], o que foi corroborado com as demais provas, não há que , se falar em insuficiência de provas para amparar a condenação.

Nos crimes contra a dignidade sexual, normalmente cometidos às ocultas, as declarações da vítima, quando harmônicas e coesas com as demais provas dos autos, possuem especial importância para fundamentar a condenação.

Assim também é o entendimento deste Tribunal de Justiça. Vejamos:

[...]

Depreende-se da análise das provas coligidas que a vítima, não obstante a pouca idade, esclareceu como ocorreram as abordagens do réu e os atos libidinosos a que foi submetida. Outrossim, pequenas contradições nos depoimentos prestados pela menor, vitima de crime sexual, devido à sua tenra idade (sete anos), não são aptas a invalidar o conjunto probatório que demonstra a materialidade e autoria dos delitos. Veja-se:

[...]

Sob esse aspecto, note-se que existem verdadeiras contradições nos depoimentos prestados pelos réus. Primeiramente, ao tempo em que [M. V.] afirmou que ela e [M.] não costumavam beber juntos, o réu, por sua vez, em seu interrogatório, relatou, com segurança e certeza, que os dois eram " amigos de tomar cachaça". Inclusive, no dia da prisão em flagrante, foram encontrados voltando de madrugada, juntos, e bastante embriagados, conforme já ressaltado.

Nada obstante, o próprio réu, contrariando a versão apresentada pela genitora da vítima de que costumava beber apenas com colegas mulheres, afirmou que outros homens frequentavam a casa de [M. V.], para fins de consumo de bebida alcoólica.

Outro ponto que merece atenção, seria o fato de que o réu, ao ser questionado pela magistrada a quo acerca de como a acusação. teria

se iniciado, cogitou a possibilidade de que a criança teria "inventado" a história porque eventualmente não gostava dele pelo fato de não lhe comprar "salgadinhos", referindo-se às vezes em que encontrava a criança com a mãe em bares. A própria magistrada, na ocasião, demonstra a impossibilidade de uma criança de sete anos articular tamanha acusação.

Além disso, o réu afirma que, no dia da ocorrência, [M. V.] teria passado a tarde na casa dele, e que B. estaria na escola. Ocorre que a própria ré afirmou, com absoluta certeza, que tinha sido presa em um sábado e que a filha não tinha aula aos finais de semana.

Outrossim, tem-se que as palavras coerentes da vitima e das testemunhas conferem segurança e certeza aos fatos narrados na exordial acusatória.

- DA APELANTE [M. V.]

Embora analisados conjuntamente os recursos dos apelantes, serão aborados, separadamente, alguns tópicos específicos das razões de apelação da ré [M. V.]. Vejamos.

a) ABANDONO DE INCAPAZ

Pugna a Defesa pela reforma da sentença proferida, com a absolvição da apelante, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (não existir prova suficiente para a condenação).

Sem razão, contudo.

De acordo com o artigo 133, do Código Penal, verbis:

> *Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:*
>
> *Pena - detenção, de seis meses a três anos.*

Trata-se de delito que pune a conduta de abandonar, infringindo o agente o dever de guarda e assistência, por tempo juridicamente relevante, capaz de 'colocar o incapaz em risco. O crime pode ser praticado mediante ação, ou omissão.

É crime de perigo, que se consuma com a mera exposição da pessoa a risco contra a incolumidade física. Nesse sentido:

[...]

In casu, restou devidamente demonstrado que a genitora de B. a expôs a perigo da violação da integridade física, deixando-a em situação de abandono, sob os cuidados de vizinhos.

Sem razão a Defesa no que se refere à alegada ausência de dolo. Como já visto, trata-se de crime de perigo, ou seja, não se exige a especial intenção de submeter à criança a perigo imediato, bastando o dolo de periga, ainda que ausente a vontade de que a situação perigosa venha a ocorrer de fato.

Conforme constam das provas coligidas, eram recorrentes o abandono e o descaso praticados por [M. V.] em relação à filha B., que ficava rotineiramente "largada" na rua o dia inteiro sozinha,

recebendo ajuda e alimentos de vizinhos, uma vez que a mãe não lhe dava alimento, nem banho e tampouco trocava suas roupas com frequência. Ou seja, a criança encontrava-se, de fato, sem qualquer assistência daquela de quem se esperava comportamento distinto.

Alega a Defesa que [M. V.] tinha sérios problemas com bebida e, por isso, frequentemente não estava consciente da realidade em sua volta.

No ponto, cumpre-se esclarecer que a embriaguez voluntária ou culposa pelo álcool ou outra substância cujos efeitos lhes sejam análogos não exclui a imputabilidade penal, por disposição expressa do artigo 28, inciso II, do Código Penal.

Com efeito, somente a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, que torne o agente absolutamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendirriento, isenta de pena, nos termos do parágrafo 1° do artigo 28 do Código Penal; ou pode justificar a sua redução, quando a capacidade de discernimento não for plena pelo mesmo motivo, consoante o parágrafo 2° do mesmo dispositivo legal.

Assim dispõe o art. 28, do Código Penal:

> *Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:*
>
> *1- a emoção ou a paixão;*
>
> *Embriaguez 11 - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.*
>
> *§ 1° - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*
>
> *§ 2° - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da á ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

Ademais, conforme entendimento jurisprudencial, vigora no ordenamento jurídico pátrio a teoria da actio libera in causa, ou seja, se o agente agiu livre e voluntariamente ao ingerir bebida alcoólica ou consumir drogas, a ele 'devem ser imputados os crimes praticados durante o estado de embriaguez. Note-se:

> *(...) 3. Somente a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, exclui a imputabilidade penal. Provado que o réu se embriaga voluntariamente e de modo habitual, não há que se falar em inimputabilidade penal. (...) (Acórdão n.1074449, 20150610137797APR, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA 3a TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/02/2018, Publicado no DJE: 21/02/2018. Pág.: 119/137).*

Desta feita, a materialidade e a autoria do delito de abandono de incapaz restam comprovadas, restando inviável a absolvição do pleito absolutório ante a inexistência de provas suficientes para a condenação.

b) ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO

Neste ponto, subsidiariamente, pugna a Defesa pela absolvição da ré, sob o argumento de não ser possível a participação culposa em crime doloso.

Não lhe assiste razão. Vejamos.

Nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, o nexo de causalidade necessário para sua caracterização decorre .de uma relação normativa, em que o omitente, por imposição legal, devia e podia agir para evitar o resultado, mas que, em razão de sua omissão, dolosa ou culposa, acaba por produzir o resultado.

Dispõe o artigo 13, § 2°, do Código Penal, verbis:

> *Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*
>
> *[...]*
>
> *§ 2°. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:*
>
> *a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*
>
> *b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;*
>
> *c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Grifo nosso).*

Verifica-se, portanto, que o nexo de causalidade necessário para a caracterização do crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão decorre de uma relação normativa, em que a genitora, por imposição legal, devia e podia agir para evitar o resultado, mas que, em razão de sua omissão, dolosa ou culposa, acaba por produzir o resultado.

Não merece ser acolhida a versão apresentada pela Defesa, de ter a apelante se omitido apenas culposamente no dever de cuidado com sua filha, não lhe podendo ser atribuída a responsabilidade pelo resultado, uma vez que o delito sob análise não admite a modalidade culposa.

Na hipótese, infere-se que [M. V.], ao ter ciência de que sua filha estaria sendo molestada sexualmente por [M], agiu de forma indiferente, nada fazendo para que impedir que os fatos se repetissem, assumindo, portanto, risco na produção do resultado.

Como bem ressaltado pela r. sentença, trata-se de dolo eventual:

> *(...) Na espécie, a acusada [M. V.], mãe da vítima, ao ter ciência quanto às primeiras investidas criminosas do acusado [M.], nada fez para impedir que os fatos se repetissem. Ao invés, reagia violentamente às narrativas da filha, negando credibilidade aos fatos criminosos de que ela era vítima. Possível concluir, portanto, que ela tenha aderido à conduta do acusado [M.] e estava vinculada psicologicamente ao mesmo resultado.*
>
> *Infere-se que a acusada [M. V.] realizou a conduta omissiva de forma dolosa, pois agiu de forma indiferente (dolo eventual) aos relatos de que sua filha estivesse sendo molestada sexualmente por*

> *[M], razão pela qual se configura ao tipo omissivo impróprio descrito na denúncia.*
>
> *(...)*
>
> *No caso em apreço, as provas colhidas apontam - seguramente - que a acusada [M. V.] teria tolerado ou assumido a possibilidade de o resultado ocorrer, uma vez que se apresentou - POR MAIS DE UMA VEZ - indiferente à materialização dos crimes sexuais que eram cometidos por [M.] contra sua filha [B.].*
>
> *Note-se que a notícia dos fatos delituosos não somente lhe chegou por relato da própria vítima, como também por outras pessoas (vizinhos) que acompanhavam o drama da menina.*
>
> *Portanto, a ação da acusada afastou-se do padrão comum de conduta, pois não é de se esperar que a genitora, ciente da intenção criminosa de seu namorado/amigo em relação à filha, não adote medidas enérgicas para impedir o resultado. (fls. 242-v/243).*

Como já analisado, do relato da vítima B., depreende-se que [M. V.] tinha conhecimento das ações de [M.], visto que a criança relatou que comunicou os abusos para a mãe, mas que esta não quis acreditar. A criança esclareceu, ainda, que os abusos aconteciam quase todos os dias e que a mãe às vezes estava em casa, e às vezes tinha saído para comprar bebida.

No mesmo sentido, a testemunha [E.] confirmou, em Juízo, que a criança queixava-se dos abusos para a mãe, mas sempre apanhava e era desacreditada (fl. 237-v).

Assim, diante de todo o contexto fático probatório, deve ser mantida, pois, a condenação.

Verifica-se, portanto, que o Tribunal de origem, analisando os elementos probatórios colhidos nos autos, sob o crivo do contraditório, entendeu pela comprovação da autoria e da materialidade do delito.

Desse modo, tenho que, de fato, a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal *a quo* é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ e Súmula n. 279/STF).

Nesse sentido:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. VIA ESPECIAL IMPRÓPRIA PARA ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Para alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias*

> *e decidir pela absolvição do recorrente, demandaria, necessariamente, revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ, que dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."*
>
> *2. Quanto à alegada violação do artigo 5º, LXII, da Constituição Federal e do princípio constitucional da isonomia, tem-se que tal pretensão não merece subsistir, uma vez que a via especial é imprópria para o conhecimento de ofensa a dispositivos constitucionais.*
>
> *3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 1.137.124/CE, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017.)

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBOS QUALIFICADOS. RECEPTAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. MATÉRIA SUPERADA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP BEM FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM RELATIVAMENTE À AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, "H", DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA. FRAÇÃO DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO NÚMERO DE ABUSOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> [...]
>
> *2. Para entender-se pela absolvição do réu, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível na via do recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ.*
>
> [...]
>
> *7. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AgRg no AREsp 60.617/PR, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017.)

Por fim, verifica-se que o Tribunal de origem manteve a fração de aumento pela continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, no patamar de 2/3 com base na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 431/432):

> *Aplicando a regra do artigo 71, do Código Penal (crime continuado), a r. sentença assim fundamentou:*

> *(...) considerando ter a vítima confirmado, reiteradamente, que* ***os abusos (toques na região genital, além de sexo oral) se repetiram muitas vezes (mais de 7) dentro do lapso temporal indicado na peça acusatória****, devem ser considerados um continuação do outro, por incidência do artigo 71 do Código Penal. Nessa esteira, é mister registrar que devemos analisar o quantum a elevar, pois o legislador traz frações de 1/6 a 2/3.*
>
> *Neste caso, tenho que o número de crimes é o melhor método a adotar.*
>
> *Assim, diante do número de crimes praticados - método conforme fundamentação supra - elevo a pena em 2/3 (dois terços), resultando em 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, que torno definitiva à míngua de outros elementos a serem apreciados. (...). (Fls. 244-v/245).*

> *Ou seja, embora não se tenha comprovação da quantidade exata de infrações praticadas contra a vítima, certo é que* ***as provas dos autos apontam no sentido de que foram diversas vezes (mais de 7), destacando-se que os abusos sexuais ocorreram entre os anos de 2016 e 2017****, o que justifica o aumento máximo de 2/3 (dois terços) estabelecido em lei para a continuidade delitiva.* (Grifei.)

Tal conclusão encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior firmada no sentido de que, "*nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis é cabível a elevação da pena pela continuidade delitiva no patamar máximo quando restar demonstrado que o acusado praticou o delito por diversas vezes durante determinando período de tempo, sendo inviável exigir a exata quantificação do número de eventos criminosos, sobretudo porque em casos tais, os abusos são praticados incontáveis e reiteradas vezes, contra vítimas de tenra ou pouca idade*" (AgRg no REsp n. 1.640.747/RJ, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 6/4/2017, DJe 20/4/2017).

Também nesse sentido, os seguintes julgados:

> *RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR DE AUMENTO. NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AFASTAMENTO. FRAÇÃO DE 2/3. IMPOSIÇÃO. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se 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.*
>
> *2. A Corte de origem, conquanto haja delineado e reconhecido a*

ocorrência de múltiplos (e incontáveis) crimes de estupro, entendeu por bem negar a realidade e, na dúvida, excluir o aumento da pena pela continuidade.

3. O julgador está autorizado a majorar a reprimenda na fração máxima pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar inconteste que os abusos de natureza sexual faziam parte da rotina familiar, como no caso.

4. Na espécie, ficou incontroverso, pela moldura fática exposta, que se distanciou para muito mais de sete o número de vezes em que o recorrido molestou a vítima, porquanto o próprio Tribunal de origem salientou que o réu, durante cerca de 2 anos, sempre obrigou a vítima a manter relação sexual contra a sua vontade e se valeu "de sua ascendência moral e da condição de pai e provedor", para que a ofendida não falasse nada a ninguém.

5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1.377.150/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 06/03/2017.)

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.*

[...]

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.*

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 carnais 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 232.709/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS. *ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. VIOLÊNCIA REAL E PRESUMIDA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIABILIDADE. AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAL MÁXIMO DE AUMENTO PROPORCIONAL AO NÚMERO DE INFRAÇÕES.*

> *POSSIBILIDADE.*
>
> *1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - abuso da confiança da família - e as consequências do crime autorizam a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.*
>
> *2.* ***O percentual de aumento da pena pela continuidade delitiva deve guardar coerência com o número de infrações perpetradas, não sendo descabida a majoração em seu percentual máximo de 2/3 (dois terços) quando, a exemplo da vertente hipótese, a execução dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor se estendeu por um período superior a um ano, diversas vezes na semana****.*
>
> *3. Ordem de* habeas corpus *denegada.* (HC 200.401/RS, relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012, grifei.)

Dessa maneira, vê-se que a jurisprudência desta Corte prevê a aplicação da fração máxima de 2/3 em casos de reconhecimento de continuidade delitiva em situações nas quais se verifica o cometimento de crimes sexuais contra vulneráveis, por diversas vezes durante determinado intervalo de tempo, sem a exata quantificação do número de eventos criminosos.

No caso, extrai-se do acórdão recorrido a conclusão de que *"as provas dos autos apontam no sentido de que foram diversas vezes (mais de 7), destacando-se que os abusos sexuais ocorreram entre os anos de 2016 e 2017"* (e-STJ fl. 432). Portanto, o aumento no patamar de 2/3 encontra-se devidamente justificado.

Ante o exposto, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator