

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.302 - SC (2018/0275420-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : J A A
ADVOGADO : FERNANDO DE LIZ SANTOS E OUTRO(S) - SC027964
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial em desfavor de decisão que inadmitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o réu foi condenado à pena de 30 (trinta) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, por infração ao artigo 217-A (estupro de vulnerável), *caput*, c/c artigo 226, inciso II, por diversas vezes, c/c artigo 71, todos do Código Penal.

O recurso da defesa foi desprovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 757):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO POR TIO DA VÍTIMA EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART.

217-A, ART. 226, II E ART. 71). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. RECURSO DEFENSIVO.

PRELIMINAR. ALEGADA NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL E DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. AVENTADA NEGATIVA DE PARTICIPAÇÃO NA PRODUÇÃO DOS ELEMENTOS INVESTIGATIVOS E DO RELATÓRIO PSICOLÓGICO. TESE AFASTADA.

PROCEDIMENTO INFORMATIVO DE NATUREZA INQUISITIVA. AUSÊNCIA DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. RELATÓRIO PSICOLÓGICO QUE NÃO DETÉM NATUREZA DE PROVA PERICIAL A ENSEJAR A APRESENTAÇÃO DE QUESITOS, CUJO CONTRADITÓRIO É DIFERIDO. ADEMAIS, EVENTUAIS IRREGULARIDADES NA FASE INVESTIGATIVA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE MACULAR A AÇÃO PENAL. PRELIMINAR AFASTADA.

MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. LAUDO PERICIAL QUE ATESTOU A RUPTURA HIMENAL. PALAVRAS DA OFENDIDA FIRMES E COERENTES NA ABORDAGEM PSICOLÓGICA E EM JUÍZO, AS

Superior Tribunal de Justiça

QUAIS SE REVESTEM DE ESPECIAL RELEVÂNCIA. ADEMAIS, DECLARAÇÕES DOS FAMILIARES QUE CORROBORAM A PRÁTICA DELITIVA.

TIO DA VÍTIMA QUE, PREVALECENDO-SE DO VÍNCULO FAMILIAR E DOS MOMENTOS EM QUE FICAVA A SÓS COM ELA, CONSTRANGEU-LHE, POR DIVERSAS E REITERADAS VEZES, A PRATICAR ATOS LIBIDINOSOS E CONJUNÇÃO CARNAL, DOS 4 (QUATRO) ATÉ OS 10 (DEZ) ANOS DE IDADE. VERSÃO DEFENSIVA ISOLADA DE TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO (CPP, ART. 156).

CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA PARA SEU MÍNIMO LEGAL (CP, ART. 59). DESPROVIMENTO. CULPABILIDADE ACENTUADA. CRIME PRATICADO SEM O USO DE PRESERVATIVO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE FORAM ACERTADAMENTE VALORADAS DE MODO DESFAVORÁVEL COM FUNDAMENTO NA PLURALIDADE DE MODUS OPERANDI. ADEMAIS, CONSEQUÊNCIAS DO CRIME QUE EXTRAPOLAM OS LIMITES DO TIPO, ANTE AS SEQUELAS FÍSICAS E TRAUMAS PSICOLÓGICOS OCASIONADOS À VÍTIMA. INCREMENTOS JUSTIFICADOS. PENA -BASE MANTIDA.

INSURGÊNCIA QUANTO AO PATAMAR DE AUMENTO REFERENTE À CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 71).

PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO.

DESPROVIMENTO. PROVAS DE QUE OS ABUSOS SEXUAIS PERDURARAM POR 6 (SEIS) ANOS, SEMPRE QUE O APELANTE TINHA OPORTUNIDADE. QUANTUM DE 2/3 (DOIS TERÇOS) APLICADO SEGUNDO O CRITÉRIO OBJETIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

PLEITO DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA.

INVIABILIDADE. PRONUNCIAMENTO ESPECÍFICO DE CADA DISPOSITIVO VIOLADO PRESCINDÍVEL, QUANDO ANALISADA TODAS AS MATÉRIAS VENTILADAS NO RECURSO. PRECEDENTES.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE.

SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA.

NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS 00516-81.2010.8.24.0048). EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO, AFASTADA A PRELIMINAR E DESPROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (e-STJ, fls. 851/857).

Na petição de recurso especial, a parte recorrente alega violações aos artigos 2º e 7º, incisos XIV, XVI, alínea "a", § 12, da Lei n.º 8.906/94 (violação de direitos basilares da defesa e do recorrente durante o inquérito policial), artigo 217-A, *caput*, e art. 59, ambos do Código Penal (cálculo da pena base) e, ainda, violação do art. 71 também do CP (no cálculo da fração atinente a continuidade delitiva).

Afirma que não teve acesso aos autos do inquérito policial e houve negativa de cópia do mesmo, mesmo havendo advogado com procuração juntada antes mesmo da abertura do inquérito policial. Alega que não foi respeitado o direito da defesa técnica fazer apontamentos e indagações para testemunhas e réu durante os depoimentos na fase policial e deste em seu interrogatório policial. Sustenta, ainda, que ocorreu produção de laudo pericial psicológico da vítima sem a intimação da Defesa para oferecer quesitos ou para acompanhar o mesmo. Requer a nulidade da instrução.

Afirma que a pena-base deve ser revista sob a tese de que as circunstâncias do crime e consequências são todas normais a espécie delitiva, acrescentando que houve inovação por parte da Justiça Catarinense através da confirmação da condenação, que manteve exacerbação da pena base, por cláusula não prevista em Lei, qual seja, o emprego de preservativo em uma das oportunidades em que a vítima teria sido estuprada. Alega que deve ser revista a fração fixada a título de continuidade delitiva pois não foi comprovado o número de vezes em que se deu o delito.

Decisão de inadmissibilidade do recurso especial às fls. 927/938, afirmando que se encontram presentes os óbices das Súmulas n. 7 e n. 83/STJ.

Agravo em recurso especial às fls. 940/981.

Contraminuta ao agravo em recurso especial às fls. 985/989.

Parecer ministerial proferido nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 1003):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). NULIDADE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INQUISITORIAL. PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA. EVENTUAL NULIDADE NO INQUÉRITO QUE NÃO MACULA A AÇÃO PENAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO

Superior Tribunal de Justiça

DO PREJUÍZO.

DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE.

DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ELEMENTOS CONCRETOS DA PRÁTICA DELITIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

CONTINUIDADE DELITIVA. EXASPERAÇÃO COM BASE NA QUANTIDADE DE DELITOS. FRAÇÃO MÁXIMA. PRECEDENTES STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

NECESSIDADE DE CORREÇÃO DA AUTUAÇÃO.

NOME DO AGRAVANTE DEVE SER GRAVADO POR EXTENSO NO ANDAMENTO PROCESSUAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 234-B DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. ART. 93, IX DA CF. ADEMAIS, QUEM DEVE TER O NOME PRESERVADO É A VÍTIMA E NÃO O SEU ALGOZ.

PARECER PELO DESPROVIMENTO DO AGRAVO E PELA CORREÇÃO DA AUTUAÇÃO, PARA QUE CONSTE POR EXTENSO O NOME DO AGRAVANTE E QUE SEJA DISPONIBILIZADO EM CONSULTA AO ANDAMENTO PROCESSUAL.

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo eis que tempestivo e impugnou os fundamentos da decisão recorrida.

Passo à análise do recurso especial.

Não merece provimento a pretensão recursal.

Primeiramente, a parte recorrente requer a nulidade da instrução.

Ao tratar do referido tema, o Tribunal de origem destacou (e-STJ, fl. 763):

O apelante alega a nulidade do inquérito policial e do processo porque, na fase indiciária, não lhe foi oportunizado a retirada de cópias dos autos, a produção de provas e tampouco o direito a acompanhar a confecção do Relatório Psicológico, em verdadeira afronta ao Enunciado 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

No entanto, razão não lhe assiste.

Isso porque, convém ressaltar, inicialmente, que o inquérito policial é procedimento meramente informativo - a embasar eventual oferecimento de peça acusatória - e de natureza inquisitiva, de modo que não há falar em nulidade decorrente da inobservância da ampla defesa e do contraditório.

Como bem pontuou a Magistrada de primeiro grau às fls. 338-339, o apelante, no inquérito policial, foi interrogado na presença de

Superior Tribunal de Justiça

seu defensor, o qual não registrou, na ocasião, nenhum inconformismo referente a eventuais perguntas indeferidas (fls. 158-159). Quanto às demais testemunhas, sequer há elementos a comprovar que o advogado acompanhou o ato e, muito menos, o registro de seu inconformismo com o indeferimento de perguntas. Logo, afirmou que o direito do defensor de ter acesso aos elementos de prova já documentados foi assegurado, não havendo que falar em nulidade do inquérito e do processo por inobservância do Enunciado 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal e dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Quanto à falta de intimação da defesa para acompanhar a confecção do Relatório Psicológico ou para apresentação de quesitos, é certo que o contraditório inerente a sua produção é diferido e, ademais, o documento não possui natureza de prova pericial a ensejar a apresentação de perguntas pelas partes, dada a natureza administrativa do procedimento inquisitorial. De todo modo, conforme se verá, os abusos perpetrados foram corroborados por outros elementos de prova, razão por que a utilização do Relatório Psicológico como uma das razões de decidir não encontra óbice na redação do art. 155 do Código de Processo Penal.

(...)

De arremate, eventuais máculas no inquérito policial não tem o condão de macular o procedimento sob o crivo do contraditório. Sobre o tema, colhe-se decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça no RHC 34.262/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 10.3.2016:

Com efeito, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal, dada a natureza meramente informativa das peças do inquérito e sua dispensabilidade na formação da "opinio delicti".

Neste sentido:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DO DECRETO-LEI N. 201/1967. TRANCAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO EVIDENCIADAS. CRIME SOCIETÁRIO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA, CÍVEL E CRIMINAL. RECURSO DESPROVIDO. (...)

5. Nos termos do pacífico entendimento desta Corte, o inquérito policial não é pressuposto para a propositura da ação penal, por ser peça meramente informativa, sendo dispensável diante da existência de elementos suficientes de convicção para fundamentar a denúncia, como no caso, no qual a denúncia foi baseada no resultado de auditoria especial realizada por técnicos do Tribunal de Contas estadual.

Superior Tribunal de Justiça

(...)

8. Recurso desprovido.

(RHC 102.919/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)

Registre-se, ainda, que a própria decisão ressaltou que o réu "foi interrogado na presença de seu defensor, o qual não registrou, na ocasião, nenhum inconformismo referente a eventuais perguntas indeferidas" e, rever o referido entendimento esbarra diretamente no óbice da Súmula n. 7/STJ.

Ao tratar da pena-base, a decisão ressaltou (e-STJ, fl. 784):

Inicialmente, convém transcrever parte da sentença em que a Juíza de primeiro grau fundamentou a valoração negativa da culpabilidade, das circunstâncias do crime (fls. 560-578):

Analizando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade do agente, consubstanciada na reprovabilidade de sua conduta, foi exacerbada, uma vez que o acusado não usou preservativo, pelo menos, em uma das relações sexuais que manteve com a infante. O réu não ostenta antecedentes criminais. Acerca da conduta social e personalidade não se coletaram elementos para uma segura análise. Os motivos do crime, foram inerentes ao tipo penal. As circunstâncias foram graves, uma vez que o acusado, além da prática de conjunção carnal, constrangeu a vítima à prática de atos libidinosos diversos (sexo anal e sexo oral, fazendo-a, inclusive, engolir seu esperma em, pelo menos, uma das oportunidades). Saliente-se que, com a Lei n. 12.015/09, o estupro e o atentado violento ao pudor passaram a ser punidos com a mesma reprimenda e no mesmo tipo penal, não podendo, assim, ante o princípio da proporcionalidade, ter o mesmo tratamento aquele que comete ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o que consuma a conjunção carnal e o que, além de ato libidinoso, também pratica conjunção carnal, que é o caso dos autos. As consequências foram graves, pois, além de todo o abalo emocional, a vítima passou a ter insônia, sono agitado e náusea, o que prejudicou a sua alimentação, já que acordava muitas vezes enjoada e não se alimentava corretamente, bem como por estar constantemente assada na região íntima (de 15 em 15 dias), durante o longo período dos fatos (seis anos).

O comportamento da vítima em nada influenciou a conduta do acusado.

Pelo que se pode vislumbrar do contexto probatório, houve vezes em que o apelante praticou os abusos sem preservativo, o que demonstra maior grau de reprovação da conduta praticada a justificar a valoração de sua culpabilidade como desfavorável

(...)

Ademais, as circunstâncias negativas também foram

Superior Tribunal de Justiça

corretamente fundamentadas já que, além de ter obrigado a vítima a engolir seu sêmen numa das oportunidades, foi justificada na pluralidade de modus operandi (sexo oral, anal e vaginal), conforme se colhe do Superior Tribunal de Justiça (HC 416.930/SP, Quinta Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, J. (...))

Por fim, as consequências foram corretamente valoradas como desfavoráveis, já que transcenderam ao inerente ao tipo penal. Conforme se infere do Relatório de Atendimento Psicológico foi "possível constatar alguns sintomas possivelmente relacionados a um quadro de vitimização por estupro, como o comportamento agressivo e explosivo, os sintomas depressivos, assim como os problemas relacionados ao sono e à alimentação" (fls. 18-26).

Além do mais, constatou-se que a vítima apresentou constantes quadros de "insônia, sono agitado e náusea, o que prejudicou a sua alimentação, já que acordava muitas vezes enjoada e não se alimentava corretamente, bem como por estar constantemente assada na região íntima (de 15 em 15 dias), durante o longo período dos fatos (seis anos). O comportamento da vítima em nada influenciou a conduta do acusado" (fls. 560-578). Nesse tocante, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 425.403/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, j. em 6.3.2018):

No caso concreto, a exacerbação da pena-base teve fundamentação concreta em elementos que transbordam o tipo penal e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não havendo que se cogitar em sua revisão.

Outrossim, destaca-se que "o fato de o réu submeter a vítima a riscos acidentais, tais como a contaminação por doença venérea ou gravidez, torna, indubitavelmente, mais reprovável a conduta. Isso porque, ainda que os aludidos perigos sejam consequências (eventualmente) próprias da prática de uma relação sexual, deve-se considerar como mais reprovável a conduta do abusador que sujeita a mulher a riscos dessa natureza, que apenas ela, por ser do sexo feminino suportará. Entender o contrário é assumir que as mulheres que sofrem abusos desse tipo são naturalmente obrigadas a correr os riscos de uma relação sexual violenta e não consentida. 3. Assim, o destaque para a falta do uso do preservativo é fundamento idôneo a alicerçar a elevação da pena-base pela vetorial culpabilidade, traduzida, na espécie, na maior reprovabilidade da conduta." (REsp 1726211/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018)

Por fim, quanto à continuidade delitiva, a decisão destacou (e-STJ, fl.

Superior Tribunal de Justiça

788):

Por fim, a defesa sustenta que o aumento no patamar de 2/3 (dois terços) ante a continuidade delitiva (CP, art. 71) é desproporcional ao caso concreto e não se baseou na efetiva quantidade de crimes perpetrados, de modo que a aplicação do patamar mínimo (1/6) é de rigor.

No entanto, o incremento foi adequadamente fixado na fração de 2/3 (dois terços), pois em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça "no sentido de que o aumento operado em face da continuidade deve levar em conta o número de infrações cometidas" (STJ. HC 238262. Rel. Min. Laurita Vaz. j. em 18.03.2014), sugerindo-se a aplicação da "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" (STJ. HC 265385. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. j. em 8.4.2014), já que restou comprovado que os crimes sexuais foram praticados durante logo período, mais do que 7 (sete) vezes.

Com efeito, a decisão coaduna-se com o posicionamento deste Sodalício eis que "a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a fração referente à continuidade delitiva deve ser firmada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se o 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. Constatado pelo Tribunal de origem a existência de mais de 7 crimes, admite-se o estabelecimento da fração máxima de 2/3." (AgRg no AREsp 1381466/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 12/09/2019)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inc. IV, alínea "a", do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, nego provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator