

**HABEAS CORPUS Nº 553.896 - ES (2019/0383195-2)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**ANA CRISTINA SILVA DE OLIVEIRA**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**PACIENTE : A A DE O M D A R (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **A A DE O M D A R** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 76 anos, 1 mês e 8 dias de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do art. 217-A, c/c o art. 226, II, na forma do art. 71, duas vezes, do Código Penal, e 213, *caput*, c/c o art. 226, II, c/c o art. 71, na forma do art. 69, do CP (e-STJ, fls. 67-63).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, a teor do acórdão assim ementado:

"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO E ESTRUPRO DE VULNERÁVEL PROVA DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS - LAUDO PERÍCIA L - CRIME QUE NÃO DEIXA VESTÍGIO - DOSIMETRIA - CONCURSO MATERIAL - CONTINUIDADE DELITIVA - SENTENÇA MANTIDA.

1. É pacífica a jurisprudência no sentido de que nos crimes de natureza sexual, a palavra da vítima possui valor especial no tocante à demonstração da materialidade do delito, especialmente quando encontra respaldo em outras evidências apuradas.
2. Apesar do exame de conjunção carnal e coito anal ter concluído como negativo, isso não impede a configuração do delito, uma vez que os fatos imputados são de sexo oral e masturbação, condutas que não deixam vestígios.
3. A prática de reiterados estupros contra vítimas diferentes, durante vários anos e em situações diversas, possibilita o reconhecimento da continuidade delitiva em relação aos crimes cometidos contra a mesma vítima, como também o reconhecimento do concurso material pelo abuso praticado em face de vítimas diferentes.
4. Com relação à fração aplicada para a exasperação da pena em decorrência da incidência do art. 71 do CP, o superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a prática de 7 (sete) ou mais crimes, em continuidade delitiva, autorizaria o aumento do apenamento à razão de 2/3 (dois terços):
5. Sentença mantida" (e-STJ, fl. 99).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que:

- a) "o, é evidente que o fato do crime ter sido possivelmente premeditado não configura argumento suficiente para macular a culpabilidade, uma vez que tal característica é

elemento comum, regra geral, na maioria dos crimes"; b) "com relação ao âmbito doméstico, tem-se a utilização de conjuntura vaga, que em nada serve para negatar tal circunstância judicial, uma vez que esse elemento em nada altera as circunstâncias da violência sexual em si"; c) "os Doutos Desembargadores também argumentam acerca da suposta não utilização de preservativo. Nesse aspecto, cabe apontar que não há qualquer tipo de prova concreta nesse sentido, questão que inviabiliza o reconhecimento negativo dessa circunstância"; d) "no tocante as consequências do crime, que somente foram negativadas em relações aos crimes cometidos contra Pabliany, essa circunstância judicial também não deve ser considerada em desfavor do ora paciente. Isso pelo fato da fundamentação utilizada no v. Acórdão ser extremamente genérica, ou seja, com argumentos incapazes de exasperarem a pena acima do mínimo previsto"; e) "fora reconhecido a ocorrência do crime continuado na forma prevista pelo artigo 71 do Código Penal individualmente para cada crime cometido contra Pabliany. Ou seja, aplicou-se a continuidade delitiva em 2/3 em relação a pena referente ao crime previsto no artigo 217-A do CP e, além disso, também reconheceram a continuidade delitiva com aumento em um 1/2 em relação a pena referente ao crime disposto no artigo 213 do CP; f) "em se tratando de dois ou mais crime de mesma espécie, como são os crimes de estupro e estupro de vulnerável, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, conjuntura que não foi aplicada"; g) "tendo em vista que, diante do fato de não se poder aferir com exatidão o número de vezes que o ilícito foi praticado, o aumento da pena deve se dar no patamar mínimo, qual seja na fração de 1/6, em homenagem ao vetusto princípio do *in dubio pro reo*"; h) "deve-se utilizar a continuidade delitiva na fração de 1/6, com relação a pena tipificada no artigo 217-A, do CP, pois como já explanado esse é o crime de pena mais alta" (e-STJ, fls. 3-18).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de que seja estabelecida a pena-base no piso legal, além de ser aplicada a continuidade delitiva em relação aos crimes praticados contra a vítima P., aplicando-se a fração de 1/6, conforme a dicção do art. 71 do CP.

Indeferido pedido de liminar (e-STJ, fl. 83), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 111-122).

#### **É o relatório.**

Decido.

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, 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. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e nos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

O Magistrado processante, ao proceder à dosagem da pena, reconheceu:

"Passo à dosimetria da pena, de forma individual e isolada, consoante o disposto no art. 5º, inciso XLVI, CF e no art. 68, caput, CP.

4.1 Do crime previsto no art. 217-A, caput c/c art. 226, inciso II, ambos CP, contra a vítima Pabiliary dos Santos Rocha:

A culpabilidade merece reprovação, tendo em vista que em juízo o acusado não demonstrou qualquer arrependimento pelo cometimento do delito, ao contrário, apresentou discurso dissimulado quanto ao convívio com aqueles que, são seus filhos e a sua companheira, ao que se soma a premeditação de cada ação praticada em continuidade delitiva, em que o denunciado esperava sua companheira estar ausente para abusar sexualmente de sua própria filha na residência da família;

antecedentes imaculados; a conduta social do denunciado não foi debatida nos autos; inexistem nos autos registros de profissionais habilitados para análise de sua personalidade; os motivos do crime são inerentes ao tipo penal; as circunstâncias do crime são graves, uma vez que o réu praticou diversos atos libidinosos e conjunção carnal com a vítima (masturbação, sexos oral e vaginal), além de não ter utilizado preservativo; as consequências extrapenais extrapolaram o limite do tipo pois a ofendida passou a ter baixo rendimento escolar e, ainda, precisou ser transferida de escola em razão de seus colegas de sala terem conhecimento dos fatos, o que causou grande constrangimento à vítima; o comportamento da vítima não facilitou nem incentivou a ação do agente.

Sopesando, pois, as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao denunciado, e levando-se em consideração a pena em abstrato do art. 217-A, caput, CP (8 a 15 anos de reclusão), fixo a pena base em 10 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão.

Inexistem circunstâncias atenuantes a serem reconhecidas. Por outro lado, milita em desfavor do réu a circunstância agravante genérica prevista no art. 61, inciso II, alínea "fl", CP (delito cometido prevalecendo-se de relações domésticas). Sendo assim, fixo a pena intermediária em 12 anos, 4 meses e 22 dias de reclusão.

Inexistem causas de diminuição de pena a serem consideradas. Por outro lado, incide em desfavor do denunciado a causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, CP, conforme motivação constante neste decisum, motivo pelo qual aumento a pena na fração de 1/2 (metade), fixando-a em 18 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão.

Considerando que foi reconhecida a continuidade delitiva entre os estupros de vulnerável praticados por anos contra a vítima Pabiliary dos Santos Rocha, conforme tópico "1.3" da motivação, majoro a pena no patamar de 2/3 (dois terços), tornando-a definitiva em 30 anos, 11 meses e 25 dias de reclusão.

4.2 Do crime previsto no art. 217-A, caput c/c art. 226, inciso II, ambos CP, contra a vítima Crislainy Rodrigues dos Santos A culpabilidade merece reprovação, tendo em vista que em juízo o acusado não demonstrou qualquer arrependimento pelo cometimento do delito, ao contrário, apresentou discurso dissimulado quanto ao convívio com aqueles que, são seus filhos e a sua companheira, ao que se soma a premeditação de cada ação praticada em continuidade delitiva, em que o denunciado esperava sua companheira estar

ausente para abusar sexualmente de sua própria enteada na residência da família;

antecedentes imaculados; a conduta social do denunciado não foi debatida nos autos; inexistem nos autos registros de profissionais habilitados para análise de sua personalidade; os motivos do crime são inerentes ao tipo penal; as circunstâncias do crime são graves, uma vez que o réu praticou diversos atos libidinosos diversos de conjunção carnal com a vítima (masturbação e sexo oral), além de não ter utilizado preservativo; as consequências extrapenais não extrapolaram o limite do tipo; o comportamento da vítima não facilitou nem incentivou a ação do agente.

Sopesando, pois, as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao denunciado, e levando-se em consideração a pena em abstrato do art. 217-A, caput, CP (8 a 15 anos de reclusão), fixo a pena base em 9 anos e 9 meses de reclusão.

Inexistem circunstâncias atenuantes a serem reconhecidas. Por outro lado, milita em desfavor do réu a circunstância agravante genérica prevista no art. 61, inciso II, alínea "f", CP (delito cometido prevalecendo-se de relações domésticas). Sendo assim, fixo a pena intermediária em 11 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão.

Inexistem causas de diminuição de pena a serem consideradas. Por outro lado, incide em desfavor do denunciado a causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, CP, conforme motivação constante neste decisum, motivo pelo qual aumento a pena na fração de 1/2 (metade), fixando-a em 17 anos e 22 dias de reclusão.

Considerando que foi reconhecida a continuidade delitiva entre os estupros de vulnerável praticados por anos contra a vítima Crislainy Rodrigues Santos, conforme tópico "1.3" da motivação, aplico a pena de um dos crimes, pois idênticas, majorada no patamar de 2/3 (dois terços), tornando-a definitiva em 28 anos, 5 meses e 6 dias de reclusão.

4.3 Do crime previsto no art. 213, caput c/c art. 226, inciso II, ambos CP, contra a vítima Pabilyany dos Santos Rocha A culpabilidade merece reprovação, tendo em vista que em juízo o acusado não demonstrou qualquer arrependimento pelo cometimento do delito, ao contrário, apresentou discurso dissimulado quanto ao convívio com aqueles que, são seus filhos e a sua companheira, ao que se soma a premeditação de cada ação praticada em continuidade delitiva, em que o denunciado esperava sua companheira estar ausente para abusar sexualmente de sua própria filha na residência da família; antecedentes imaculados; a conduta social do denunciado não foi debatida nos autos; inexistem nos autos registros de profissionais habilitados para análise de sua personalidade; os motivos do crime são inerentes ao tipo penal; as circunstâncias do crime são graves, uma vez que o réu praticou diversos atos libidinosos diversos de conjunção carnal com a vítima (masturbação e sexos oral e anal), além de não ter utilizado preservativo; as consequências extrapenais extrapolaram o limite do tipo pois a ofendida passou a ter baixo rendimento escolar e, ainda, precisou ser transferida de escola em razão de seus colegas de sala terem conhecimento dos fatos, o que causou grande constrangimento à vítima; o comportamento da vítima não facilitou nem incentivou a ação do agente.

Sopesando, pois, as circunstâncias judiciais favoráveis e

desfavoráveis ao denunciado, e levando-se em consideração a pena em abstrato do art. 213, caput, CP (6 a 10 anos de reclusão), fixo a pena base em 7 anos e 6 meses de reclusão.

Inexistem circunstâncias atenuantes a serem reconhecidas. Por outro lado, milita em desfavor do réu a circunstância agravante genérica prevista no art. 61, inciso II, alínea "f", CP (delito cometido prevalecendo-se de relações domésticas). Sendo assim, fixo a pena intermediária em 8 anos e 9 meses de reclusão.

Inexistem causas de diminuição de pena a serem consideradas. Por outro lado, incide em desfavor do denunciado a causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, CP, conforme motivação constante neste decisum, motivo pelo qual aumento a pena na fração de 1/2 (metade), fixando-a em 13 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão.

Considerando que foi reconhecida a continuidade delitiva entre os estupros praticados por anos contra a vítima Pabliany dos Santos Rocha, confere tópico "2.3" da motivação, aplico a pena de um dos crimes, pois idênticas, majorada no patamar de 2/3 (dois terços), tornando-a definitiva em 19 anos, 08 meses e 07 dias de reclusão.

Considerando que foi reconhecido o concurso material entre os crimes em continuidade delitiva praticados pelo acusado (art. 217-A, CP contra cada vítima e art. 213, CP), conforme regra prevista no art. 69, CP, aplico o cúmulo material de penas em seu desfavor, que, juntas, totalizam o montante de 76 ANOS. 01 MÊS E 08 DIAS DE RECLUSÃO.

Em atenção ao montante da pena privativa de liberdade aplicada e atenta aos critérios vaticinados pelo art. 33, § 2º, alínea "a", CP, a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime inicialmente FECHADO" (e-STJ, fls. 61-64).

O Colegiado de origem, por sua vez, manteve o parâmetros adotados na individualização da pena, asseverando:

"A defesa afirma que as circunstâncias judiciais do art. 59 devem ser todas valoradas a favor do apelante, devendo a pena ser fixada no mínimo legal.

Com relação à vítima P. dos S. R. valorou negativamente a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências de todos os crimes praticados em face desta, aumentando a pena base do art. 217-A caput do CP em 02 (dois) anos, 07 (sete) e 15 (quinze) dias meses e do art. 231, caput do CP em 01 (um) ano e 06 (seis) meses.

Com relação à vítima C. R. dos S. valorou negativamente a culpabilidade e as circunstâncias do crime, aumentando a pena -base do art. 217-A do CP em 01 (um) ano e 09 (nove) meses.

Em leitura à fundamentação utilizada pelo magistrado, compartilho do entendimento de que a culpabilidade do apelante mostra-se elevada em relação às duas vítimas, porque premeditava os crimes, abusando da confiança da genitora das crianças quando ficava encarregado de olhar por elas quando a mãe ia trabalhar.

As circunstâncias do crime demonstram maior punição, uma vez que realizado prevalecendo-se das relações domésticas, perpetrando o crime na residência das vítimas, local em que elas deveriam se sentir mais seguras.

Ainda, há relato da vítima P. dos S. R. que o abuso sexual ocorreu sem a utilização de camisinha, podendo transmitir-lhe doenças venéreas.

Em tempo, esclareço que nos moldes de jurisprudência do STJ que não ocorre bis in idem cumular a causa de aumento de pena do art. 226, inciso II do CP, com a valoração negativa das circunstâncias acima.

Isso porque a causa de aumento de pena incide porque o acusado é o pai/padastro das vítimas e a circunstância foi valorada negativamente uma vez que os crimes foram praticados dentro da residência daquelas (HC 508.123/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 11/06/2019).

As consequências do crime, em relação à vítima P. dos S. R. foram graves, uma vez que, conforme depoimento dos autos, o trauma causado acarretou baixo rendimento escolar, além de que a vítima fora transferida de escola pois chegou ao conhecimento de seus colegas de classe os fatos ora tratados esta ação penal, gerando constrangimento além do normal.

Deste modo, correta a aplicação da pena base, em todos os crimes, acima do mínimo legal.

No que tange à aplicação da continuidade delitiva em relação aos fatos praticadas a cada uma das vítimas (art. 71 do CP), e o concurso material para os fatos praticados em face de vítimas diferentes (art. 69 do CP), mais uma vez entendo que não assiste razão ao apelante.

Com relação ao concurso material, observo que a intenção do apelante era individual, sobre cada vítima, e que durante todo o ano que a vítima C. R. dos S. foi abusada, elas não sabiam do abuso uma da outra. Assim, resta caracterizado que a ação autônoma com designo próprio do apelante contra as vítimas diferentes em contexto fático aRTerso.

Com relação à continuidade delitiva (art. 71), esclareço que ambas as vítimas relatam que os abusos sexuais foram praticados diversas vezes em face delas, sempre com o mesmo modus operandi - quando a vítima estava sozinha em casa do com o apelante, restando caracterizado as condições de tempo, lugar e modo de execução e unidade de signo do art. 71 pelo abuso praticado em face de cada uma das vítimas, individualmente identificadas.

A verdade é que a prática de reiterados estupros contra vítimas diferentes, durante vários anos e em situações diversas, possibilita o reconhecimento da continuidade delitiva em relação aos crimes cometidos contra a mesma vítima, como também o reconhecimento do concurso material pelo abuso praticado em face de vítimas diferentes.

Por fim, com relação à fração aplicada CP, 'o a exasperação da pena em decorrência da incidência do art. 71 do CP, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a prática de 7 (sete) ou mais crimes, em continuidade delitiva, autorizaria o aumento do apenamento à razão de 2/3 (dois terços)" (e-STJ, fls. 71-72).

Dos excertos acima transcritos, percebe-se que a pena-base imposta em relação aos crimes praticados contra a vítima P. Foi fixadas acima do piso legal, por terem sido consideradas negativas a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime. No que tange à ofendida C., a culpabilidade e as circunstâncias do delito foram, de

igual, tidas por desfavoráveis, o que ensejou a elevação da básica.

Com efeito, não se infere ilegalidade na conclusão das instâncias ordinárias quanto à primeira fase da dosimetria.

Isso porque, no tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, restou declinada motivação concreta para o incremento da básica por tal moduladora, pois o réu premeditava os crimes, abusando da confiança da genitora das vítimas quando ficava encarregado de cuidar das menores, devendo, pois, ser mantido o incremento da básica a título de culpabilidade, pois demonstrado o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ABALO PSICOLÓGICO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A modificação da conclusão fática alcançada, de maneira fundamentada, pela Corte de origem acerca da efetiva prática do crime de estupro de vulnerável exigiria aprofundado reexame fático-probatório, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n.º 7/STJ.

2. **É possível a valoração negativa da culpabilidade quando o Acusado premedita a conduta delituosa e utiliza artifícios, como o oferecimento de doces, para atrair a vítima menor de idade e ganhar a sua confiança.**

3. É possível a valoração negativa das consequências do crime quando há parecer psicológico atestando a existência de sequelas psíquicas na criança, a mãe da Vítima ficou impossibilitada de trabalhar por período relevante e a família necessitou mudar de residência em razão do delito.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1531519/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/2/2020, DJe 2/3/2020).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PREMEDITAÇÃO. DESLOCAMENTO DE QUALIFICADORA SOBEJANTE. PROCEDIMENTO CONSIDERADO ADEQUADO PELO STJ. MAUS ANTECEDENTES. VIOLAÇÃO À SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS. EXPRESSÕES VAGAS E REFERÊNCIAS GENÉRICAS. RESULTADO INERENTE AO TIPO. REPRIMENDA REAJUSTADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado

pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- No tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do habeas corpus, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

**- Pode haver a valoração negativa da culpabilidade, uma vez que a premeditação, com o planejamento das ações, demonstra o maior desvalor dessa circunstância.**

- Tendo os réus sido condenados pela prática do delito previsto no art. 121, § 2.º, incisos I e IV, do Código Penal, na forma tentada, nada impede que uma das circunstâncias qualificadoras seja deslocada para a primeira etapa dosimétrica, ensejando a valoração negativa da culpabilidade dos agentes.

- Ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de Maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Súmula 444/STJ.

- As consequências do crime de homicídio não podem ser avaliadas negativamente em razão do ordinário resultado morte da vítima ou do clima de insegurança produzido na sociedade, sem que se indiquem outras particularidades aptas a caracterizar a maior gravidade do delito em apenamento (e.g. o ofendido teria deixado dependentes).

- Na hipótese, impõe-se o decote das vetoriais dos antecedentes criminais e das consequências do delito, com o reajuste das reprimendas dos pacientes.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena definitiva de JOSIVALDO FERREIRA DA SILVA ao novo patamar de 8 anos e 4 meses de reclusão e a pena definitiva de JAILSON FRANCISCO DOS SANTOS ao novo patamar de 8 anos e 2 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 532.902/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/12/2019, DJe 17/12/2019).

Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato delituoso. *In casu*, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o

decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de estupro de vulnerável e estupro, pois o réu, prevalecendo-se das relações domésticas, abusou sexualmente de se sua filha e enteada, desde seus 7 anos de idade, dentro da residência.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS CORRÉUS. CABIMENTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E DA PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO ADEQUADA QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO). DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DOSIMETRIA REFEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1.

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

2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em 1ª instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*; desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.

3. A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corréus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, não viola a individualização da pena, desde que comunicáveis aos acusados.

4. É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

5. Os fundamentos quanto às consequências do crime não são idôneos. Isso porque o fato de os bens não terem sido recuperados não justifica de forma válida a exasperação da pena-base, porquanto a subtração é inerente ao crime de roubo. Da mesma forma, o desvalor da personalidade está baseado em elementos genéricos, sem indicação de dados concretos a justificar a elevação da reprimenda-base.

**6. Por outro lado, a valoração negativa da circunstância do crime está devidamente fundamentada, porquanto os elementos**

**apresentados são acidentais e não integram a estrutura do tipo penal, pois destacam o modus operandi empregado, que revela a maior gravidade do crime. A forma violenta que o paciente e seus comparsas utilizaram contra as vítimas, amarrando-as e desferindo-lhes chutes em uma delas, extrapolam as condições próprias do tipo de roubo e evidenciam a maior reprovabilidade do crime praticado.**

7. Presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima. 8. Refeita a dosimetria.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente referente ao delito de roubo para 5 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidos os demais parâmetros fixados pelo Juízo de primeiro grau.

(HC 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017, grifou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

**I - Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59 do Código Penal, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.**

**II - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, em virtude da valoração negativa da culpabilidade (justificada pelo *modus operandi* e pelo emprego de meio que impossibilitou a defesa da vítima), das circunstâncias do delito (o crime foi cometido em ambiente carcerário, com a burla das medidas de segurança e com fomento de animosidade entre os detentos) e dos motivos do crime (o delito foi praticado para assegurar a ocultação de outro crime), com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de recurso especial (precedentes).**

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 749.151/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/5/2016, DJe 16/5/2016, grifou-se).

Além disso, "verifica-se, também, inexistir o *bis in idem* alegado pela defesa. Isso porque a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, do Código Penal se deu em razão de ser o paciente pai das vítimas, e não por terem os crimes sido praticados na residência das ofendidas" (HC 508.123/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 11/06/2019).

Quanto à vítima P., não se cogita de ilegalidade na valoração negativa das consequências do crime. Com efeito, essas devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escoreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, o trauma causado à vítima, que não pode ser confundido com

mero abalo psicológico passageiro, já que ela passou a ter baixo rendimento escolar, além de ter sido necessário mudar de escola, pois os fatos chegaram ao conhecimento de seus colegas de classe, o que gerou grande constrangimento à menor, o que, a toda evidência, permite o incremento da básica pelas consequências do delito.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Acerca das consequências, ficou registrado o trauma psicológico sofrido pelas vítimas - especialmente a que estava grávida de seis meses à época da ação criminal, que declarou que o bebê, após o crime, não manteve a taxa de crescimento e o peso esperado, nascendo abaixo do peso normal.

2. As instâncias antecedentes apresentaram motivação idônea para a exasperação da pena-base do paciente, baseada em elementos concretos dos autos - os prejuízos materiais e extrapatrimoniais suportados pelas vítimas.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 490.633/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 29/11/2019).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. PENA-BASE. TRAUMA PSICOLÓGICO SOFRIDO PELA VÍTIMA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O trauma psicológico sofrido pela vítima pode ser considerado para aumentar a pena-base, nos termos da jurisprudência deste Sodalício. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp 1407255/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 2/12/2019).

Com efeito, 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 esses delitos subseqüentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente.

No caso, conquanto seja possível reconhecer a continuidade delitiva entre crimes perpetrados contra vítimas distintas, o Tribunal *a quo* não constatou a existência

do requisito subjetivo da unidade de desígnios entre os crimes de estupro de vulnerável, não sendo possível concluir em sentido contrário nesta estreita via do *habeas corpus*, dado o óbice ao revolvimento fático-probatório.

Cumprido destacar, ainda, que a continuidade delitiva foi reconhecida em relação aos crimes perpetrados contra cada vítima, individualmente, sendo que depois o *quantum* foi somado, pelo concurso material.

Lado outro, no tocante ao art. 71 do CP, 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 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

Todavia, nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, torna-se bastante complexa a prova do exato número de crimes cometidos. Tal imprecisão, contudo, não deve levar o aumento da pena ao patamar mínimo. Especialmente quando o contexto apresentado nos autos evidencia que os abusos sexuais foram praticados por diversas vezes e de forma constante, até por que perpetrados pelo padrasto e pai das ofendidas, em ambiente de convívio familiar, sendo impossível precisar exatamente a quantidade de ofensas sexuais. No caso, a vítima P. foi violentada por 7 anos, devendo, portanto, ser mantido o incremento da pena em 2/3.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXCLUSÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPRECISÃO DO NÚMERO DE INFRAÇÕES.

I - Para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é indispensável que o agente tenha praticado as condutas delituosas em idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, e, ainda, que exista entre elas um liame a indicar a unidade de desígnios do agente, análise que demanda inadmissível reexame do material fático-probatório acostado aos autos.

**II - Este eg. Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que nos crimes sexuais, que ocorram sucessivas vezes num longo período de tempo, não se exige o número exato de eventos delituosos para fixar a fração utilizada na continuidade delitiva acima do mínimo.**

Agravo regimental desprovido.' (AgRg no REsp 1666714/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 1/2/2018, grifou-se);

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RESPEITO À DISCRICIONARIEDADE. PENA MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO.

IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A FRAÇÃO ESCOLHIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. INCONTÁVEIS DELITOS DURANTE LONGO PERÍODO DE TEMPO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- No caso, a pena-base afastou-se de 1/3 do mínimo legal com lastro em fundamentação idônea, diante da valoração desfavorável das circunstâncias e das consequências do crime, às quais foi empregado maior rigor, pelo fato de os abusos feitos pelo próprio genitor terem ocasionado a gravidez da vítima, à época com 13 anos de idade, e posterior colocação da criança em programa de adoção, com a ida da ofendida para outra unidade da federação, decorrente do trauma, da humilhação e do bullying escolar sofridos, demonstrando que a conduta do agente extrapolou o tipo penal violado, merecendo, portanto, maior repreensão. Precedentes.

- Logo, respeitando a discricionariedade vinculada do julgador, deve ser mantida a pena-base aplicada - 10 anos e 8 meses de reclusão -, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado, qual seja, 8 a 15 anos de reclusão.

- Os argumentos defensivos de que ocorreu um crime único e que a palavra da vítima não serve para alicerçar a conclusão de que houve vários delitos praticados não merecem acolhida, pois ensejam revolvimento fático-probatório, incabível na estreita via do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

- Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, "aplicando-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" (HC n. 342.475/RN, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 23/2/2016).

- No caso, ficou suficientemente atestada a continuidade delitiva e a reiteração das infrações contra a vítima, que sofreu a violência sexual durante quatro anos. Assim, tratando-se de incontáveis crimes, o quantum de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, pela configuração do crime continuado, deve ser no patamar máximo legal de 2/3, estando o acórdão recorrido, portanto, alinhado à jurisprudência desta Corte. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido." (HC 412.651/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017, grifou-se);

"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 incontestado 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 1377150/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/2/2017, DJe 6/3/2017, grifou-se).

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator