



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 539857 - SP (2019/0310121-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ELTHON SIECOLA KERSUL - SP291440
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : F D A (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado, em 14/10/2019, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de F. D. A., impugnando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento à sua apelação, mantendo, assim sentença da 3ª Vara criminal da Comarca de Jundiaí/SP (ação penal n. 0013211-93.2016.8.26.0309) que o condenou pelo crime previsto no artigo 217- A, “caput”, e artigo 226, inciso II, c/c o artigo 71, “caput”, todos do Código Penal, à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

De acordo com a denúncia, o Paciente teria, entre o final do ano de 2014 e o dia 7 de setembro de 2015, em horários diversos, na cidade de Jundiaí, praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal com L.D.R, que tinha 8 (oito) anos de idade à época dos fatos.

Valendo-se de sua condição de marido da tia da vítima, que costumava frequentar sua residência aos finais de semana e em dias que não ia à escola, o réu a levava para o quarto e a despia, forçando-a a praticar sexo oral com ele. Depois, esfregava o pênis contra a vagina e a nádega da infante, além de beijá-la.

O acórdão recorrido foi publicado em 24/9/2109 (e-STJ fl. 161) e a Defensoria Pública foi dele intimada pessoalmente em 12/10/2019 (e-STJ fl. 167).

Alega a defesa, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa decorrente:

1 – da ausência de oitiva da vítima, substituído pela realização de laudo pericial;

2 – realização de perícia por iniciativa do Juízo, o que, no seu entender violaria o sistema penal acusatório;

3 – produção de laudo pericial parcial, por entrevistar somente as testemunhas de acusação e a vítima, sem ouvir o réu e as testemunhas de defesa;

4 – o problema auditivo do réu o teria impedido de defender-se adequadamente.

No mérito, pugna pelo reconhecimento de crime único, já que, a par do delito que teria ocorrido no dia 7/7/2015, a denúncia não especifica quantos mais teriam ocorrido, limitando-se a mencionar um período de tempo que os circunscreveria.

Subsidiariamente, pede que, se mantida a continuidade delitiva, seja a majoração de pena a ela correspondente diminuída para a fração de 1/6.

Pede, assim, a concessão da ordem, para que seja cassada a sua condenação.

Às fls. 170/171, indeferi o pedido liminar.

Instado a se manifestar sobre a controvérsia, o órgão do Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, ou, caso conhecido, pela sua denegação.

É o relatório. Passo a decidir.

Registro, inicialmente, que nem o Supremo Tribunal Federal nem tampouco esta Corte têm admitido o manejo do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECOTE DE QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO E DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.

2. No caso, a alegação de violação ao art. 155 do CPP não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta o exame de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de

instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

3. Firmou-se nesta Corte o entendimento de que a exclusão de qualificadoras constantes na pronúncia somente pode ocorrer quando manifestamente improcedentes e descabidas, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri, juiz natural para julgar os crimes dolosos contra a vida, o que não se verifica na hipótese dos autos.

4. O fato de haver indícios de que os agentes não conseguiram a consumação do delito por circunstâncias alheias às suas vontades, torna inviável o reconhecimento da desistência voluntária. Ademais, a Corte de origem pontuou que o meio utilizado pelo paciente para o intento delituoso (disparo de arma de fogo) é incompatível com a ausência de animus necandi, não havendo falar em desclassificação da conduta. Assim, para infirmar tais conclusões seria necessário reexame detido do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se revela possível na via do habeas corpus.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 402.617/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018) – negritei.

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU O WRIT. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO NECESSÁRIA À ANÁLISE DO MANDAMUS QUANDO DA SUA IMPETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REITERAÇÃO DE PEDIDOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Está assentado nesta Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual a ação mandamental de habeas corpus exige a apresentação de prova pré-constituída, recaindo sobre o impetrante o ônus de informar e instruir corretamente o mandamus, com as informações e os documentos necessários ao devido exame da quaestio.

II - O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

III - Não merece ser conhecido o habeas corpus na hipótese em que se verifica, dentro dos limites cognitivos do mandamus, que nada mais se pretende do que a reiteração dos pedidos anteriormente delineados em outro habeas corpus, não tendo sido acostado qualquer elemento novo a ensejar uma alteração das circunstâncias empíricas, aptas a respaldar uma revisão do decreto prisional.

IV - Uma vez encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo (Súmula n. 52 do STJ).

V - Denota-se que à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoável duração do processo, não se reputa configurado, na espécie, excesso de prazo hábil a permitir a pleiteada revogação, até mesmo porque o paciente permaneceu preso por toda a instrução processual, já foi condenado

e mantida a reprimenda em grau de apelação, tratando-se, ademais, de ação penal extremamente complexa, não resultando, a questão do lapso temporal, um caráter aritmético, mas de uma concreta aferição realizada pelo julgador.

VI - Em se constatando que a questão relacionada a eventual excesso de prazo, não foi analisada no acórdão objeto de análise, não cabe a esta Corte Superior examinar o tema, sob pena de indevida supressão de instância.

VII - Tendo o paciente permanecido preso por toda a instrução procedimental, sendo mantida a sua custódia em sede de sentença e em grau de apelação, não se constata qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da c. Corte a quo, eis que a referida cautela já foi legitimada por meio do Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o Habeas Corpus nº 126.292/SP.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018) – negritei.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. HABILITAÇÃO DO QUERELANTE APÓS O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. NULIDADE DO JULGAMENTO PELA FALTA DE INTERVENÇÃO DO QUERELANTE. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTAÇÃO FACULTATIVA. INTIMAÇÃO DO QUERELANTE. PRESCINDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Ocorrida a habilitação do querelante somente após o julgamento do habeas corpus impetrado pelo querelado no Tribunal de origem, não há falar-se em nulidade do acórdão pela falta de intervenção do querelante, porquanto a intimação do querelante é prescindível.

3. A intervenção do querelante no habeas corpus é facultativa, assistindo ao feito a partir de seu ingresso, na fase em que se encontra o writ, sem que a falta de participação nos atos anteriores importe em nulidade, por não se tratar de litisconsórcio passivo necessário ou de fiscalizador obrigatório do feito.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para afastar o acórdão impugnado, que reconheceu a nulidade pela ausência de intervenção do querelante.

(HC 361.360/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 30/03/2017) – negritei.

HABEAS CORPUS. PECULATO. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. PLEITO QUE BUSCA, NA VERDADE, A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO, MEDIANTE O REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DA AÇÃO PENAL.

INVIABILIDADE NA VIA ELEITA.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, sejam recursos próprios ou mesmo a revisão criminal, salvo situações excepcionais.

2. Além de o presente writ ter sido impetrado em substituição à ação de revisão criminal, o impetrante pretende, de fato, o reexame fático-probatório dos autos da ação penal, a fim de se concluir pela absolvição do crime imputado ao acusado.

3. Do próprio exame dos argumentos assentados na impetração, verifica-se que o impetrante almeja nova análise da prova testemunhal, a fim de modificar a conclusão realizada pelas instâncias ordinárias a respeito da prova produzida na ação penal, utilizando o writ como uma segunda apelação, o que é inadmissível, até porque a via estreita não comporta discussão fático-probatória.

4. Ordem denegada.

(HC 323.401/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017)

Este é exatamente o caso dos autos, em que a presente impetração faz as vezes de recurso especial e/ou extraordinário.

Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Das alegadas nulidades por cerceamento de defesa

Sobre o tema, o voto condutor do acórdão recorrido, da lavra do Desembargador WALTER DA SILVA, assim se manifestou:

As preliminares aventadas não merecem guarida.

Não há que se falar em cerceamento de defesa ante o indeferimento da reinquirição das testemunhas de acusação e de defesa e, ainda, novo interrogatório do réu, em razão de dificuldade auditiva do apelante.

Com efeito, os arquivos de mídia anexados aos autos demonstram claramente que o apelante tinha plena compreensão sobre as perguntas que lhe eram dirigidas, pois respondeu prontamente a todas as indagações feitas pela douta magistrada, sendo, portanto, dispensável sua reinquirição.

De igual forma, não se vislumbra o cerceamento de defesa ante a ausência de oitiva da vítima ou nulidade da instrução processual, ao argumento de que os laudos periciais acostados aos autos violaram o sistema penal acusatório, porquanto as perícias tiveram suas execuções determinadas de ofício pelo Magistrado.

Com efeito, dispõe o artigo art. 9º da Lei nº 13.431/17 que: “A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento”.

Ainda, sobredita lei faculta a oitiva da vítima, substituindo por laudo elaborado por equipe multidisciplinar especializada, quando assim se fizer necessário.

É exatamente a hipótese dos autos, tendo a douta magistrada acolhido o parecer de expert lançado às fls. 188/190 que assim concluiu:

“Consideramos, que expor novamente Letícia a reviver os traumas do abuso sexual e atos libidinosos que sofreu poderá acentuar e prejudicar o seu desenvolvimento biopsicossocial, salientamos que **é uma criança de 11 anos de idade, está em fase formação de sua personalidade e a sua exposição, contra a sua vontade, é mais uma violência que deve ser evitada como uma medida de proteção ao seu direito de silenciar-se, após ter exposto inúmeras vezes os fatos que ensejaram este processo**”.

*Também não há que se falar em cerceamento de defesa e violação ao sistema penal acusatório, ao argumento de **parcialidade dos laudos periciais**.*

*Com efeito, verifica-se que a defesa sequer se insurgiu em momento oportuno contra o levante que ora traz à tona, de modo que a matéria resta superada, porquanto **consumada a preclusão temporal**.*

Ademais, como é sabido, para o reconhecimento de eventuais nulidades dos atos realizados é necessário constatar-se o efetivo comprometimento das garantias processuais, demonstrando-se prejuízo concreto oriundo do aludido ato processual.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 563, adotou o princípio básico de que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (pas de nullité sans grief).

Logo, o reconhecimento da nulidade processual está subordinado à arguição oportuna e à efetiva demonstração do prejuízo ocasionado, o que não restou evidenciado, razão pela qual não se justifica a desconstituição do ato processual realizado.

(e-STJ fls. 154/155)

Não se evidencia nenhum constrangimento ilegal nos bem lançados fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça para rejeitar as alegações de cerceamento de defesa do Paciente.

A uma, porque, como se sabe, o destinatário da prova é o magistrado, cabendo-lhe decidir, ao fim e ao cabo, sobre a sua necessidade e relevância para a demonstração dos fatos. Assim sendo, a determinação de realização de perícia de ofício pelo juízo não viola o princípio acusatório.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. HOMICÍDIO NO TRÂNSITO. 1. OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO. PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. 2. INDEFERIMENTO DE OITIVA DA VÍTIMA HOSPITALIZADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ELEMENTOS INDICIÁRIOS. 4.

DESCCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE. 5. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS DO ART. 619 DO CPP. 6. COEXISTÊNCIA DE DOLO EVENTUAL COM QUALIFICADORAS - MEIO CRUEL E MOTIVO FÚTIL. 7. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1.1. A suposta violação dos arts. 156, II, e 402 do Código de Processo Penal não foi apreciada pelo Tribunal a quo, por se tratar de inovação recursal.

1.2. O processo é produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, onde todos devem buscar a justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto.

1.3. A produção de prova testemunhal de ofício está ligada aos princípios da verdade real, do impulso oficial e da persuasão racional (livre convencimento motivado). O juiz pode entender pela necessidade de produção de prova essencial ao esclarecimento da verdade, em nítido caráter complementar.

2.1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em regra, salvo situação excepcionalíssima, não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada (ut, AgRg no AREsp 1.082.788/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 15/12/2017)

2.2. No caso, a oitiva da vítima, além de ter sido requerida pelo MP, foi indeferida por ausência de previsão acerca da alta hospitalar e para evitar o agravamento de seu quadro clínico.

(...)

7.1. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.573.829/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 13/05/2019) – negritei.

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DETERMINAÇÃO DE DILIGÊNCIAS DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O art. 156, II, do CPP - que faculta ao magistrado determinar, de ofício, a realização de diligências -, não implica afronta ao princípio acusatório, nem lhe imprime parcialidade, apenas confere ao juiz da causa instrumento útil à busca da verdade real.

2. Inexiste ilegalidade na utilização pelo magistrado de sua faculdade em determinar a realização de diligência reputada imprescindível à busca da verdade real, em atenção ao pleito ministerial, determinando o esgotamento dos meios cabíveis para a localização da única testemunha presencial dos fatos.

3. Agravo regimental improvido.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRIBUNAL DO JÚRI. INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL. ARTS. 209 E 497, XI, AMBOS DO CPP. SISTEMA ACUSATÓRIO. COMPATIBILIDADE. LIMITES. PODER RESIDUAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A estrutura acusatória do processo penal pátrio impede que se sobreponham em um mesmo sujeito processual as funções de defender, acusar e julgar, mas não elimina, dada a natureza publicista do processo, a possibilidade de o juiz determinar, mediante fundamentação e sob contraditório, a realização de diligências ou a produção de meios de prova para a melhor reconstrução histórica dos fatos, desde que assim proceda de modo residual e complementar às partes e com o cuidado de preservar sua imparcialidade.

2. Não fora assim, restaria ao juiz, a quem se outorga o poder soberano de dizer o direito, lavar as mãos e reconhecer sua incapacidade de outorgar, com justeza e justiça, a tutela jurisdicional postulada, seja para condenar, seja para absolver o acusado. Uma postura de tal jaez ilidiria o compromisso judicial com a verdade e com a justiça, sujeitando-o, sem qualquer reserva, ao resultado da atividade instrutória das partes, nem sempre suficiente para esclarecer, satisfatoriamente, os fatos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva.

3. O uso, pelo magistrado, de seus poderes instrutórios, presentes em inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal, não autoriza, porém, posturas de vanguarda ou de protagonismo judicial.

4. Entretanto, sob uma ótica que busca a realização do processo justo e tendo em vista as peculiaridades do Tribunal do Júri, em que o juiz-presidente apenas prepara e regula a realização do julgamento pelos juízes populares, deve ser prestigiada a atividade probatória deflagrada pelo Juiz que determina, de ofício, a oitiva em plenário de testemunhas arroladas extemporaneamente na fase do art. 422 do CPP, mas já ouvidas em juízo na primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, porque de forma residual e em consonância com os arts. 209 e 497, XI, ambos do CPP, para a correta compreensão de importantes fatos relatados durante a produção da prova oral.

5. Recurso ordinário não provido.

(RHC 87.764/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 06/11/2017) – negritei.

A duas, porque a desnecessidade de nova inquirição da vítima em juízo foi fundamentada em opinião abalizada de *expert* que concluiu que seria prejudicial a seu desenvolvimento biopsicossocial em sua tenra idade, o que está em consonância com a proteção legal garantida ao menor. Tal entendimento é respaldado, também, na jurisprudência desta Corte, como se vê a seguir:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE

VULNERÁVEL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA DA VÍTIMA, DE SUA GENITORA E DO PACIENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. VÍTIMA E GENITORA QUE OPTARAM PELO DEPOIMENTO PERANTE O JUÍZO, DISPENSANDO OITIVA ESPECIAL, NOS TERMOS DA RECOMENDAÇÃO N. 33/CNJ. AUSÊNCIA DE OITIVA DO PACIENTE PERANTE A PSICÓLOGA DESIGNADA PELO JUÍZO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Conselho Nacional de Justiça, considerando o disposto no art. 227 da Constituição Federal, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a necessidade de viabilizar maior confiabilidade na produção de provas testemunhais, na busca da verdade e na responsabilização penal de agressores, editou a Recomendação n. 33/2010, no intuito de recomendar aos Tribunais a adoção de providências para implementar procedimentos de colheita especial de prova oral, evitando-se, notadamente em casos como o presente, a revitimação do ofendido, ocorrida em decorrência de sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, seja na fase investigatória seja na processual.

2. Os mecanismos de "Escuta Especializada" estão colocados à disposição e discricionariedade das vítimas e testemunhas de violência para o seu devido resguardo, não sendo plausível o reconhecimento de suposta nulidade em virtude da sua não realização, quando a vítima ou testemunha efetivamente deseja depor perante o Juízo, como ocorreu na espécie, não se podendo retirar a validade das declarações colhidas perante o magistrado, mormente quando respeitados o contraditório e a ampla defesa.

3. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, a inquirição especial a que alude a Recomendação n. 33/CNJ constitui "medida de proteção que deve ser utilizada, exclusivamente, em benefício da vítima, não sendo razoável admitir - diferentemente daquilo que pretende aqui a Defesa - que a ausência de tal procedimento seja tomada em seu desfavor".

4. Na hipótese, nenhum benefício à defesa adviria da realização de entrevista do paciente com a psicóloga designada pelo Juízo, haja vista que, como ressaltado pela profissional, "a entrevista [teria o objetivo] de ouvi-lo a respeito do suposto ocorrido e não uma função psicodiagnóstica", de maneira que, consoante consignou o Tribunal de origem, nada mais poderia ser obtido além do que se obteve com a instrução, notadamente o interrogatório do paciente e a "longa e detalhada prova oral defensiva".

5. O princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, o que não ocorreu na espécie.

6. Habeas corpus denegado.

(HC 422.635/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 12/03/2019)

A três, porque, o intuito do laudo pericial é averiguar a existência, ou não, de trauma ou danos psicológicos sofridos pela vítima em decorrência de suposta violência sexual. Com isso em mente, a versão do réu ou das testemunhas de acusação sobre os fatos em nada contribuiria para aclarar o estado mental da vítima.

De mais a mais, a defesa não demonstra o prejuízo advindo do laudo pericial, tanto mais que a sentença afirmou que o laudo pericial não foi conclusivo em relação aos fatos narrados na denúncia.

Por fim, no que toca à alegada dificuldade de defesa do Paciente em virtude de sua deficiência auditiva, a própria petição inicial do *habeas corpus* admite que “se percebe no sistema audiovisual que ele consegue ouvir as perguntas, mas com certa dificuldade: precisa falar alto, o réu se aproxima e coloca as mãos no ouvido para ouvir e entender” (e-STJ fl. 10).

A alegação de que “o réu em virtude da dificuldade auditiva, provavelmente não conseguiu falar sobre o referido fato importante na elucidação de sua defesa” (e-STJ fl. 10), sendo o fato importante uma suposta ameaça da vítima de 8 (oito) anos sofrida pelo réu por telefone, a par de inverossímil vinda de criança de tal idade, chega a ser incongruente. Se o réu conseguiu fazer tal afirmação ao juízo, em seu interrogatório, o que o impediria de discorrer mais sobre o tema? Com certeza, no caso concreto, a dificuldade auditiva do Paciente não afetou sua habilidade de fala.

Da alegação de crime único

A alegação não se sustenta diante da narrativa dos fatos efetuada pela vítima perante a autoridade policial e resumida no seguinte trecho da sentença:

“A vítima, na polícia, relatou os fatos tais como descritos na peça inicial, relatando os abusos sofridos. Disse que costumava passar alguns finais de semana na casa de Cleusa, sua tia paterna. Também nos dias em que não tinha aula, ia para casa dessa tia, a fim de brincar com seus primos e as vezes dormia no local. Não se recordava quantos anos tinha quando Flávio começou a praticar os abusos. No final do ano de 2014, quando se encontrava na casa de uma prima, o acusado a segurou pelos braços, levou-a até o quarto, deitou-a na cama, ergueu sua blusa e passou a mão em sua “periquita” e em seu bumbum. Nas outras oportunidades, sempre que Cleusa saía, Flávio tirava sua roupa, passava a mão em seu corpo e depois “colocava a parte íntima dele dentro da boca da declarante”. Ele também esfregava o pênis em sua “periquita” e em seu bumbum, bem como tentava introduzir “a parte íntima dele na sua “periquita””. Não doía. Não ficou machucada. O imputado a beijava e “passava a língua” em sua vagina, Flávio parava os abusos quando alguém se aproximava, bem como lhe dizia que era um segredo e não podia contar a ninguém. Esses fatos aconteceram por várias vezes, sempre que ficava sozinha com o réu. Passou a não querer mais ir para a casa de Cleusa e só aceitava ir para lá quando seus pais a acompanhavam. O último abuso ocorreu no dia 07 de setembro de 2015. Contou os fatos para sua mãe um ano depois do início dos abusos, por não aguentar mais a situação” (e-STJ fl. 113 - negritei).

Vê-se, assim, que não houve crime único, tendo sido múltiplas as ocorrências.

Do pedido de redução da continuidade delitiva para a fração mínima

Também não merece reparos o acórdão recorrido que, no ponto, assim justificou a manutenção da sentença:

“(...) correto o reconhecimento da continuidade delitiva, eis que os crimes foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, majorando-se a reprimenda na fração de 2/3, diante dos reiterados abusos sexuais sofridos pela vítima, resultando na reprimenda imposta, não comportando reparos” (e-STJ fl. 160).

A majoração efetuada está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, como se vê, entre outros, dos seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MODUS OPERANDI. QUANTUM DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. IMPRECISÃO QUANTO AO NÚMERO DE ATOS SEXUAIS. PRESCINDIBILIDADE. CRIANÇA SUBMETIDA À PRÁTICA DE INÚMEROS ABUSOS SEXUAIS. FRAÇÃO DE 2/3 JUSTIFICADA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DUAS CAUSA DE AUMENTO DE PENA. MÉTODO CONSECUTIVO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. (...).

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório.

3. Em relação às circunstâncias do crime, 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 insita aos crimes de estupro de vulnerável, pois o paciente, aproveitando-se das ausências de sua companheira e mãe da vítima, por inúmeras vezes entre os anos de 2009 e 2010, segurava a menor e tampava sua boca para que esta não pedisse ajuda, e praticava os delitos sexuais, ameaçando-a constantemente de morte, caso ela contasse os fatos à genitora, o que lhe garantia a impunidade e a continuação da prática delitiva.

4. A exasperação da pena do crime 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 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.

5. 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, em ambiente de convívio familiar, sendo impossível precisar a quantidade de ofensas sexuais. Na hipótese, apesar de a vítima não saber precisar o número exato de delitos cometidos, deixou claro que "os atos se deram repetidamente, durante todo o transcurso dos anos de 2009 e 2010, acontecendo sempre que permanecia sozinha na residência com seu ofensor, por pelo menos dez vezes". Por conseguinte, mostra-se apropriado o aumento da pena na proporção máxima de 2/3.

6. *"Se concorrem duas causas de aumento, uma prevista em lei especial e outra no Código Penal, o juiz, ao individualizar a reprimenda, deve proceder ao segundo aumento não sobre a pena-base, como defende o Impetrante, mas sobre o quantum já acrescido na primeira operação" (HC 27.253/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 11/04/2005).*

7. Writ não conhecido.

(HC 542.306/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020) – negritei.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO MÁXIMA DE AUMENTO. 2/3 (DOIS TERÇOS). PERÍODO RELEVANTE. PRÁTICA REITERADA. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. *Adequada a imposição da fração de aumento pela continuidade delitiva em 2/3 (dois terços), não obstante a instrução processual tenha deixado de indicar a quantidade exata de vezes em que o crime de estupro de vulnerável ocorreu, pois ficou devidamente demonstrado nos autos que as investidas sexuais contra a menor ocorreram no período de "fevereiro a outubro de 2006", o que justificou o incremento máximo operado em segunda instância.*

2. *A jurisprudência desta Corte sobre o tema é firmada no sentido de que, nas hipóteses de crimes sexuais envolvendo vulneráveis, em que nem sempre o número de infrações é obtido com exatidão, essa imprecisão não legitima a escolha da fração em seu patamar mínimo, especialmente em casos como o presente em que as práticas sexuais abusivas foram perpetradas de forma reiterada e com certa constância.*

3. *Mantém-se a decisão singular que não conheceu do habeas corpus, por se afigurar manifestamente incabível.*

4. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no HC 507.956/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO APLICADA DE 2/3. VIOLÊNCIA QUE PERDUROU POR 3 ANOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER HEDIONDO DO CRIME. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis é adequada a fixação de aumento referente à continuidade delitiva em patamar superior ao mínimo, quando o delito foi*

perpetrado durante certo lapso temporal, sendo, nesse contexto, desnecessário precisar exatamente quantas vezes ocorreu o evento criminoso.

2. "Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, nas suas formas simples e qualificada, estão incluídos no rol de crimes hediondos desde a edição da Lei n. 8.072/1990, não se exigindo a ocorrência de morte ou lesão corporal grave da vítima para que seja caracterizada a hediondez (AgRg no REsp 1.187.176/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/3/2012).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 498.203/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 15/08/2019) – negritei.

Não se vislumbra, portanto, nenhum tipo de constrangimento ilegal no acórdão recorrido.

Ante o exposto, com amparo no art. 34, XX, do Regimento Interno do STJ, na redação da Emenda Regimental n. 24/2016, não conheço do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca
Relator