

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do “CD”

Tese 541

CRIME CONTINUADO. ARTIGO 241-B DO ECA. DELITO PERMANENTE. POSSIBILIDADE.

Admissível a continuidade delitiva em crimes permanentes, quando evidenciada a prática de várias condutas em momentos distintos.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA
SEÇÃO CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SÃO PAULO.**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos da **Apelação Criminal nº 1502458-81.2018.8.26.0228**, da Comarca de São Paulo, em que é apelante **TIAGO HAILITON ALVES TEIXEIRA**, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição da República, artigo 1.029, *caput*, do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, contra o v. acórdão de fls. 942/959, da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelos motivos adiante aduzidos:

1. DA TEMPESTIVIDADE

O Ministério Público do Estado de São Paulo foi intimado do v. acórdão no dia 27.12.2020 (certidão de fls. 939).

Entretanto, nos termos do artigo 116, §§ 2º e 3º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os prazos ficaram suspensos no período de 20.12.2020 a 06.01.2021 (cf. documento anexo).

Assim, o prazo recursal de 15 dias começou a fluir no dia 07.01.2021, estando o recurso no prazo legal.

2 – RESUMO DOS FATOS

TIAGO HAILITON ALVES TEIXEIRA foi denunciado como incurso:

a) no artigo 217-A, c.c. artigos 226, II, e 71, todos do Código Penal (por ao menos 10 vezes), porque no período compreendido entre o dia 18 de outubro de 2015 e o mês de agosto de 2018, prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo, praticou atos libidinosos diversos com sua filha Yasmin Hailiton Santana Teixeira;

b) no artigo 240, caput, c.c. § 2º, III, da Lei n. 8.069/90 (por 08 vezes), na forma do artigo 71, do Código Penal, porque, no mesmo período, filmou e registrou, por meio de seus aparelhos celulares, cenas de sexo explícito e pornográfica envolvendo sua filha *Yasmin Hailiton Santana Teixeira*;

c) no artigo 241-B, caput, da Lei n. 8.069/90, na forma do artigo 71 do Código Penal, porque entre os anos de 2007 e 2018, adquiriu e armazenou, por reiteradas vezes em seus 05 notebooks, 05 HDs externos, em seu aparelho celular e em sua CPU, vídeos e fotografias contendo cenas de sexo explícito e pornográficas envolvendo crianças e adolescentes (cf. denúncia de fls. 145/149).

Concluído o sumário de culpa, a ação foi julgada totalmente procedente e o acusado condenado às penas de 51 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, e 140 dias-multa (cf. sentença de fls. 846/875).

Com fundamento no artigo 59 do Código Penal, a pena base de todos os crimes foi majorada em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis e, pela continuidade delitiva de todos os delitos, aumentou-se a pena na fração de 2/3 ante o elevado número de delitos.

O acusado interpôs recurso de apelação pleiteando a absolvição em razão do princípio da adequação social ou a redução da pena pela confissão.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso defensivo para o reconhecimento da atenuante genérica da confissão e a redução da pena para 38 anos e 20 dias de reclusão, e 106 dias-multa (fls. 923/935).

A C. 12ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, em **votação majoritária**, deu parcial provimento ao recurso para:

a) quanto ao crime de estupro de vulnerável, afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, reduzir a pena base ao mínimo legal de 08 anos de reclusão, reconhecer a atenuante genérica da confissão e reduzir para 1/3 (um terço) a fração de aumento pela continuidade delitiva, fixando a pena em 16 anos de reclusão;

b) quanto ao crime do artigo 240, caput, c.c. § 2º, III, do ECA, afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, reduzir a pena base ao mínimo legal de 04 anos de reclusão, reconhecer a atenuante genérica da confissão e reduzir para 1/3 (um terço) a fração de aumento pela continuidade delitiva, fixando a pena em 07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, e 13 dias-multa;

c) quanto ao crime do artigo 241-B, do ECA, afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, reduzir a pena base a 02 anos

de reclusão e afastar a continuidade delitiva por entender incabível no crime permanente, tornando a pena definitiva em 02 anos de reclusão e 20 dias-multa.

Com isso, a pena total foi reduzida a 25 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, e 30 dias-multa, de conformidade com o voto do Relator Desembargador JOÃO MORENGHI, a seguir transcrito:

ACÓRDÃO

Vistos,relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502458-81.2018.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante T. H. A. T., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:por maioria de votos,deram parcial provimento ao recurso para reconhecer crime único em relação ao crime do art. 241-B, do ECA, bem como para reduzir as penas finais a vinte e cinco anos, um mês e dez dias de reclusão e 30 dias-multa, no valor unitário mínimo,mantido o mais, vencida parcialmente a Desª Angélica de Almeida, que dá provimento em menor extensão, nos termos de sua declaração de voto., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 3 de junho de 2020.

JOÃO MORENGHI

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1502458-81.2018.8.26.0228

Comarca de São Paulo

Apelante: Tiago Hailton Alves Teixeira

Apelado: Ministério Público

Voto nº 42.919

Vistos.

1. Ao relatório da r. sentença, o qual se adota, acrescenta-se que, no Juízo de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), Tiago Hailton Alves Teixeira foi condenado por infração ao artigo 217-A,caput, por inúmeras vezes, na formado artigo 71,caput, ambos do Código Penal; ao artigo 240, § 2º, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por oito vezes, na forma do artigo 71,caput, do Código Penal;no artigo 241-B,caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por inúmeras vezes, na forma do artigo 71, caput, do Código Penal, todos na forma do artigo 69 do Código Penal,a cinquenta e um anos e oito meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 140 dias-multa, à razão do dobro do salário-mínimo (fls. 846/875).

Inconformado, recorreu o acusado, postulando a absolvição em razão do princípio da adequação social, por se tratar de relação incestuosa consentida, bem

como por não ter sido ele o primeiro a ter relações sexuais com a suposta vítima. Pleiteia, também, o reconhecimento da confissão espontânea (fls. 280/292).

Processado e contrariado o recurso, o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo seu parcial provimento para reconhecer o concurso formal entre os crimes praticados, reduzindo-se as penas a 38 anos e vinte dias de reclusão e 106 dias-multa (fls.923-935).

É o relatório.

2. Consta da denúncia que, em:

[...]datas incertas durante o período compreendido de 18 de outubro de 2015 a meados de agosto de 2018, na Rua Nelson Washington Pereira, nº 380, Jabaquara, nesta Cidade e Comarca da Capital, TIAGO HAILITON ALVES TEIXEIRA, qualificado à fl. 30, teve conjunção carnal e praticou outros atos libidinosos diversos, por ao menos 10 (dez) vezes, com sua filha Yasmin Hailiton Santana Teixeira, menor de 14 (quatorze) anos de idade (nascida aos 06/07/2005). Consta, também, dos inclusos autos de inquérito policial que, em datas incertas durante o período compreendido de 18 de outubro de 2015 a meados de agosto de 2018, na Rua Nelson Washington Pereira, nº 380, Jabaquara, nesta Cidade e Comarca da Capital, TIAGO HAILITON ALVES TEIXEIRA, qualificado à fl. 30, prevalecendo de relações de parentes coconsanguíneo e por 08 (oito) vezes, filmou e registrou, por meio de seus aparelhos celulares, cenas de sexo explícito e pornográfica envolvendo sua filha Yasmin Hailiton Santana Teixeira (nascida aos 06/07/2005). Consta, ainda, dos inclusos autos de inquérito policial que, entre os anos de 2007 e 2018, porém até o dia 22 de novembro de 2018, por voltadas 06h00, na Rua Nelson Washington Pereira, nº 380, Jabaquara, nesta Cidade e Comarca da Capital, TIAGO HAILITON ALVES TEIXEIRA, qualificado à fl. 30, adquiriu e armazenou, por reiteradas vezes em seus 05 notebooks, 05 HDs externos, em seu aparelho celular e em sua CPU (todos apreendidos conforme Auto de Exibição/Apreensão de fls. 25/27), vídeos e fotografias contendo cenas de sexo explícito e pornográficas envolvendo crianças e adolescentes, conforme Relatório de Investigação de fls. 48/62 e laudos periciais oportunamente juntados. Segundo o apurado, o denunciado é genitor da vítima Yasmin, a qual, quinzenalmente, ia à residência do genitor (no local em comento), onde passava os finais de semana. Além disso, apurou-se que os abusos só tiveram início após o denunciado tomar conhecimento, em outubro de 2015, de que sua filha havia sido vítima, aos 10 (dez) anos de idade, do crime de estupro de vulnerável perpetrado por um tio. Em datas incertas durante o período acima declinado, TIAGO aproveitou-se do fato de que sua filha o visitava, para praticar conjunção carnal e outros atos libidinosos diversos com ela. Após tomar conhecimento de que a filha já havia sido vítima do crime de estupro de vulnerável, TIAGO passou a acariciá-la com as mãos e, com o passar do tempo, os atos libidinosos progrediram para a prática do sexo oral, de forma que o denunciado passou a praticar sexo oral em sua filha e obrigá-la a também praticar nele. Cerca de um ano depois, quando a ofendida já havia completado 11 (onze) anos de idade, TIAGO passou a manter conjunção carnal com a vítima, introduzindo o pênis em sua vagina. Além disso, o denunciado também filmava os abusos sexuais perpetrados contra sua filha por meio de aparelhos celulares, para depois

assisti-los e satisfazer sua própria lascívia. De acordo com o Relatório de Investigação de fls. 48/62, foram encontrados 08 (oito) arquivos nos quais TIAGO aparece praticando conjunção carnal e outros atos libidinosos com sua filha Yasmin. Além de registra os estupros cometidos contra sua filha, TIAGO, desde o ano de 2007, adquiriu por meio do softwares Shareaza e armazenou em seus aparelhos tecnológicos (em seus 05 notebooks, 05 HDs externos, em seu aparelho celular e em sua CPU) inúmeros vídeos fotografias contendo cenas de sexo explícito e pornográficas envolvendo crianças e adolescentes. Depreende-se dos autos que, no dia 22 de novembro de 2018, por volta das 06h00, policiais civis compareceram à residência do denunciado, para dar cumprimento ao mandado judicial de busca e apreensão, expedido pelo juízo do SANCTVS Setor de Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Tráfico Interno de Pessoas do Foro Central Criminal Barra Funda (fls. 18/20) visando à colheita de material relacionado à pornografia infantil. Ao chegarem ao local, os policiais civis foram atendidos pela companheira do averiguado, Fernanda Barbosa de Araújo, e explicaram que ali estavam em cumprimento ao mandado de busca e apreensão que visava localizar e identificar computadores e demais aparelhos tecnológicos contendo arquivos com conteúdo de pornografia infantil. Diante disso, Fernanda telefonou para TIAGO, que logo retornou para a residência familiar e informou aos policiais civis a senha de administrador de seu notebook de uso pessoal, marca DELL, onde foram encontrados diversos arquivos de pornografia infantil. Na sequência, os policiais civis procederam ao recolhimento do referido notebook, bem como de outros notebooks, de cinco HD's externos, de um aparelho celular e de uma CPU (Auto de Exibição e Apreensão de fls. 25/27). Interrogado em solo policial, TIAGO, a princípio alegou que seu computador havia sido hackado e que havia mantido os arquivos contendo pornografia infantil, porque intencionava registrar a ocorrência no distrito policial. Não obstante, o denunciado alterou substancialmente sua versão dos fatos e admitiu a prática delitiva, após ter sido informado de que 08 (oito) vídeos nos quais aparecia estuprando sua filha Yasmin haviam sido encontrados (fls. 10/11).” (fls. 145/154).

A prova oral produzida, o relatório de investigações de fls. 138/140 e os laudos periciais de fls. 300/461 atestam a materialidade dos fatos.

Dúvidas não há quanto à autoria.

Ao ser interrogado em Juízo, o réu afirmou que, manteve relações sexuais com a sua filha Yasmin nos anos de 2017 e 2018, que se tratava de relação incestuosa, afirmou que filmava os atos sexuais, tendo praticado sexo oral, não admitindo a prática de sexo vaginal. O réu afirmou que tinha conhecimento que a filha já tinha sido vítima de abusos sexuais anteriormente. Disse, também, que filmou todas as práticas sexuais realizadas. Afirmou que o notebook em que foram encontrados vídeos de conteúdo pornográfico infantil era de um cliente e que armazenou nele os vídeos com sua filha, porque era o único computador que sua esposa não tinha acesso. Narrou que sofreu abusos na infância, por parte do pai, e que, além de dos abusos sexuais sofridos, era constantemente agredido. Narrou ter sofrido abusos, posteriormente, praticados pela sua tia que o obrigava a praticar sexo oral nela e tentava realizar penetração. Afirmou que a vítima depois que “ficou mocinha” passou a chama-lo pelo nome e gostava de sentar em seu colo e beijá-lo na boca. Afirmou que enquanto

ele dormia a vítima tocava nele, nas partes íntimas, bem como que passou a chama-lo para ajudar no banho.

A vítima Yasmin declarou que de quinze em quinze dias ia visitar seu pai, geralmente na casa dele. Afirmou que seu pai não era violento com ela, apenas com seus irmãos, que chegaram a ser agredidos fisicamente. Narrou que após ter sido abusada sexualmente pelo seu tio, com sete anos de idade, seu pai sob o pretexto de evitar que isso ocorresse novamente, deveria lhe “ensinar algumas coisas”. Apontou que o pai teria praticado diversos atos sexuais com ela, inclusive sexo oral, vaginal e anal. Afirmou não ter conhecimento de que os atos estavam sendo gravados e que aconteciam enquanto seus irmãos estavam em outros cômodos da casa. Apesar de não ameaça-la, afirmou que o réu pedia que mantivesse tudo em segredo e que quando ela não queria praticar os atos ele ficava bravo. Não conseguiu afirmar por quanto tempo ocorreram os abusos.

Frise-se que a palavra das vítimas nos crimes contra a liberdade sexual assume ainda maior relevância, pois frequentemente não deixam vestígios e são, em regra, praticados às escondidas, em ambiente privado domiciliar, como, aliás, ocorre no presente caso. Neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DEVULNERÁVEL. ELEMENTOS DO TIPO PENAL. ATO LIBIDINOSO. MENOR DE 14 ANOS. REVALORAÇÃO DOS CRITÉRIOS JURÍDICOS. POSSIBILIDADE, IN CASU. DEPOIMENTOS E LAUDO PSICOSSOCIAL QUE DEMONSTRAM A PRÁTICA DO DELITO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (...) 3. Na hipótese, em que pese a orientação firmada pelo Tribunal de origem, no sentido da inexistência de provas suficientes para manutenção da sentença condenatória, constam do próprio acórdão impugnado transcrições de depoimentos e de laudo psicossocial que demonstram a prática do delito tipificado no art. 217-A do CP. 4. A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos de natureza sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. 5. Recurso especial provido para, reformando o acórdão recorrido e afastando a absolvição por falta de provas, restabelecer a sentença condenatória pelo crime do art. 217-A do Código Penal. (REsp 1571008/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 23/02/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DO STJ. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Hipótese em que o agravante, condenado como incurso no artigo 217-A, caput, c/c art. 226, inciso II, ambos do Estatuto Repressivo, pretende sua absolvição por insuficiência probatória. (...) 4. Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima assume preponderante importância, se coerente e em consonância com as demais provas coligidas nos autos, como é o caso da hipótese vertente, em que a ofendida expôs os fatos em conformidade com os demais elementos probatórios. (STJ AgRg no AREsp 727704/PR Quinta Turma Rel. Min. Jorge Mussi j. em 07.06.2016).

A testemunha Michele da Silva Santana, mãe de Yasmin, declarou que foi casada com réu por três anos. Afirmou que a filha Yasmin algumas vezes expressou resistência em visitar o pai, sob o pretexto de que era obrigada a fazer algumas tarefas domésticas na casa dele e que o réu “pegava no pé dela”. Observou que a vítima apresentou baixo rendimento escolar desde o abuso anterior, que se recusava a ir a escola, se afastando dos amigos, apresentando dores e crises de ansiedade. Apontou que apesar da vítima ter realizado tratamento por um ano, não está mais realizando tratamento. Declarou que a vítima nunca contou estar sofrendo abusos. Ressaltou que apenas teve conhecimento dos abusos após a ligação do policial. Michele afirmou que, ao conversar com a vítima sobre o ocorrido, esta teria lhe dito que depois de ter sofrido o abuso anterior, o réu teria falado que ela precisaria aprender para não deixar acontecer novamente. Afirmou que a vítima contou que não tinha conhecimento que estava sendo gravada e que não contou sobre os abusos para o pai não ser preso. Afirmou que recebeu duas cartas do acusado, solicitando ajuda, de forma que caso saísse ajudaria a prover as crianças.

Daniela Ribeiro Rodrigues, ex-esposa do acusado, disse ter convivido com o acusado por três anos. Afirmou que não presenciou nenhum tipo de abuso sexual do acusado com a vítima. Narrou que tomou conhecimento do delito após a ex-mulher do acusado, Michele, informar sobre o ocorrido, não tendo conversado com a vítima sobre os fatos.

Felipe Wilson da Costa, policial civil, disse que foi até a casa do acusado para cumprir mandado de busca e apreensão. Foi recebido pela esposa do réu e ao explicar o motivo da busca e apreensão, ela afirmou ter conhecimento de que o marido baixava conteúdo pornográfico adulto, indicando os computadores existentes na casa. O notebook do acusado tinha senha, para acessá-lo solicitou que a esposa entrasse em contato com réu. Ao chegar a casa o réu forneceu a senha do notebook e apontou as pastas que continha material pornográfico, sustentando que a pornografia foi baixada por engano. Na delegacia, ao buscar por material pornográfico infantil, se recorda de localizar uma pasta com nome “EXE”, que continha diversos vídeos de duração de 1 hora, nesses vídeos foi possível identificar o Réu, mantendo relações sexuais com uma menina. Afirmou que ao indagar o acusado sobre os vídeos, teria ele informado que era sua filha. Apontou que eram 5 ou 8 vídeos. Ao localizarem tal conteúdo o réu teria afirmado que praticou tais atos por conta de abuso anterior sofrido pela filha, para inicia-la na vida sexual. Apontou que no computador, havia diversas pastas com pornografia infantil, envolvendo crianças e adolescentes. Informou que havia dois programas de compartilhamento e um deles utilizava palavras chaves, tais como preety teen hardcore, “PTHC”, ou preety teensoftcore, “PTSC”, para localizar a pornografia infantil.

Claudiney da Silva Ferreira, policial civil, disse que foi até a casa do acusado para cumprir mandado de busca e apreensão. Foi recebido pela esposa do réu, que indicou onde estaria o notebook de uso pessoal do réu. Observou que a princípio o acusado não estava em casa, e que, após solicitar a senha de acesso, ele teria ido a residência e informado a senha. No computador do réu foram encontrados arquivos com imagens de pedofilia. De início o réu teria afirmado que havia sido hackeado e que guardava o material pra fazer denúncia. Posteriormente, o réu teria confessado que o material era seu. Claudiney afirmou que na delegacia foram localizados os vídeos do acusado com a vítima. Apontou que o acusado informou que ela havia sido abusada por outro parente e que ele estaria mostrando como era a vida. Além dos vídeos com a filha, afirmou que havia vários arquivos contendo pornografia infantil.

Christians Sandro ribeiro, policial civil, disse que se dirigiu a casa do acusado para cumprir mandado de busca e apreensão. Foi recebido pela esposa do réu, Fernanda, que franqueou a entrada e informou que o marido estava trabalhando. Aponta que Fernanda indicou onde estaria o notebook, de marca Dell, de uso pessoal do réu. Narra que solicitaram que Fernanda entrasse em contato com o réu, para que retornasse a residência e desbloqueasse o computador para que fosse feita a busca. O acusado teria saído do serviço e ido a residência. Após ser fornecida a senha, no computador do réu foram encontrados arquivos com imagens de pedofilia. De início o réu teria afirmado que havia sido hackeado e que guardava o material pra fazer denúncia. Posteriormente, o réu teria afirmado que o material foi baixado em conjunto, por engano, com pornografia adulta. Afirmou que na delegacia foram localizados 5 vídeos do acusado com a vítima, sua filha de 13 anos. Apontou que o acusado informou que ela havia sido abusada por outro parente, quando tinha 10 anos, e que em um momento de fraqueza ele teria feito os vídeos e que mantinha essa relação com a filha por três anos.

A testemunha Lucas Gustavo Ribeiro Rodrigues, arrolada pela defesa, declarou que filho da namorada do acusado, Daniela Ribeiro Rodrigues, e que desconhecia fato desabonador a seu respeito.

A testemunha Taís e Aline Alves Teixeira, arrolada pela defesa, declarou que é irmã do acusado, não tendo presenciado qualquer abuso e que a vítima tinha muito apego ao apelante. Afirmou que havia demonstrações de carinho em público, de forma que a vítima abraçava o acusado e sentava em seu colo. Taís narrou que na infância ela teria sofrido abusos sexuais do pai e que ela e o acusado teriam sofrido agressões físicas.

A testemunha Babilônia Alves da Costa, arrolada pela defesa, declarou que conhece o acusado desde a infância, e que desconhecia fato desabonador a seu respeito. Narrou que tinha conhecimento de que o acusado e sua irmã sofreram diversos abusos na infância, inclusive sexual, cometidos pelo pai.

Portanto, o conjunto probatório é robusto e coeso, demonstrando à ocorrência de diversos atos libidinosos praticados pelo acusado contra a vítima de pouca idade, bem como o fato de que o acusado registrava e armazenava em seu computador os abusos cometidos, restando demonstrado também que o acusado armazenava pornografia infantil em seu computador, razão pela qual é improcedente o pleito absolutório.

Não prospera o pleito absolutório em razão do princípio da adequação social.

Tal alegação deve ser rechaçada de pronto e sequer merece ser debatida antea evolução da legislação e da jurisprudência sobre o assunto.

O art. 217-A, § 5º, prevê expressamente que as penas no caso de estupro de vulnerável devem ser aplicadas independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

A súmula 593 já consolidava o entendimento sobre o tema. A título de exemplo, cita-se o julgamento do seguinte recurso repetitivo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITODO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, “a”, do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). 2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos. 3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitativa, para, somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo “seu grau de discernimento”, como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que “nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade”. Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo “discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento”, não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro “beijos e abraços” com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos. 5. O exame da história das ideias penais e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas em menor ou maior grau legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socio culturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo

(art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (STJ, REsp 1480881/PI, Terceira Seção, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 26/08/2015)

Cumprido esclarecer que, no que concerne ao delito previsto no art. 240, § 2º, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não obstante a dúvida das testemunhas em relação a quantidade de vídeos do apelante com a vítima, conforme se verifica pela prova técnica de fls. 323, há o registro de 5 vídeos.

Passa-se, assim, à análise das penas, inicialmente, àquelas decorrentes dos crimes de estupro de vulnerável. Na primeira fase, o acréscimo sobre a pena-base deve ser afastado.

O argumento de que a criança tinha apenas 10 anos de idade é inidôneo para agravar a reprimenda e deve ser afastado, pois tal fato integra o núcleo do tipo penal.

Quanto à circunstância da personalidade, ponderada em prejuízo do apelante, tem-se que também deve ser afastada, pois não há prova técnica que autorize juízo conclusivo (positivo ou negativo) sobre personalidade do réu.

A este respeito, pede-se vênia para transcrever a doutrina de José Antonio Paganella Boschi, que se adota como razão de decidir: “

(...) A personalidade, todavia, é mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo porque o trabalho exige conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia, medicina, psiquiatria e, de outro lado, aquele que se dispõe realizá-lo tendo a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que eleger, não raro, como paradigma. A personalidade por isso é muito mais do que a avaliação que as pessoas fazem umas das outras, sendo indiscutível que ela não mais se resume, como entendia Roberto Lyra, àquele conjunto estático, permanente, de elementos hereditários ou atávicos de identificação humana. (...) Urge revisarmos, portanto, a idéia de que os problemas relacionados à personalidade são fontes de maior periculosidade, como delineada pelo legislador na redação original do nosso Código, nesse ponto coerente, aliás, com as disposições que ensejavam imposição cumulativa de pena e de medida de segurança. (...).” (BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 2ª ed. ver. atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 203 e 209.)

Portanto, está-se diante de situação em que os elementos constantes dos autos são insuficientes para a aferição da personalidade do agente, impondo-se o afastamento desta circunstância.

Além disso, o comprometimento de rendimento escolar, irritabilidade e dores físicas e doenças desenvolvidas em razão de seu quadro de ansiedade pós-traumático não restou comprovado. A testemunha Michele, mãe da vítima, afirmou que tal comportamento ocorreu após os abusos cometidos pelo tio, nada informando sobre consequências desta natureza após os fatos deste processo.

Por fim, afasta-se a circunstância judicial desfavorável relativa ao fato do acusado ter descumprido a ordem judicial de não se aproximar da ofendida, pois conforme informado pelo apelante, e confirmado pela testemunha Michele, ele teria encaminhado duas cartas para a genitora da vítima, com o intuito de “pedir ajuda” e “se desculpar”, inexistindo, a princípio, a intenção de descumprir a ordem judicial.

Assim, fica a pena-base reduzida ao piso de oito anos de reclusão.

Na segunda fase, embora presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, as penas não podem ser reduzidas aquém do piso legal, em que já se encontram, conforme entendimento consagrado na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, que se adota como razão de decidir.

Na terceira fase, fica mantido o acréscimo na fração de 1/2, bem aplicado em razão da causa de aumento do artigo 226, inciso II, do Código Penal, reconhecida com fundamento na relação de parentesco entre a vítima e o réu, que era pai da ofendida.

Ficam, assim, as penas em doze anos de reclusão, para cada um dos delitos de estupro de vulnerável praticados.

Além disso, correto o reconhecimento do crime continuado. O agente, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes da mesma espécie, contra a mesma vítima, sendo o segundo continuação do primeiro, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Assim, diante da quantidade de crimes englobados pela figura (cinco), uma das penas será elevada na fração de 1/3, que leva à pena final decorrente de dezesseis anos de reclusão, pelos estupro de vulnerável.

Quanto aos crimes previstos no art. 240, caput e § 2º, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pelos mesmo motivos já consignados, afastam-se as circunstâncias desfavoráveis na primeira fase, reduzindo as penas ao mínimo legal de quatro anos de reclusão e 10 dias-multa, para cada um dos delitos.

Na segunda fase, embora presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, as penas não podem ser reduzidas aquém do piso legal, em que já se encontram, conforme entendimento consagrado na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça¹, que se adota como razão de decidir.

Na terceira fase, fica mantida a causa especial de aumento na fração de 1/3, bem aplicada em razão do disposto no artigo 240, § 2º, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhecida com fundamento na relação de parentesco entre a vítima e o réu, que era pai da ofendida. Torna-se a sanção definitiva em cinco anos e quatro meses de reclusão e 13 dias-multa.

Havendo prova de que diversas foram as oportunidades em que o réu filmou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente, e tendo em vista que as condutas foram praticadas nas mesmas circunstâncias de tempo, local e meio de execução, em razão da continuidade delitiva, acresce-se a pena de 1/3, pois foram localizados cinco vídeos, que leva a pena final decorrente dos crimes previstos no art. 240, caput, do ECA a sete anos, um mês e dez dias de reclusão e 13 dias-multa.

Necessário ainda que se reduza o valor unitário do dia-multa fixado ao piso legal de 1/30 do salário mínimo, pois os valores foram estabelecidos bem acima do mínimo sem qualquer justificativa pertinente.

Quanto ao crime previsto no artigo 241-B, caput, do ECA, na primeira fase, verifica-se que, devem ser afastadas as circunstâncias judiciais acima apresentadas, reconhecendo-se, porém, a circunstância judicial desfavorável em atenção à culpabilidade intensa do réu, que armazenava milhares de fotos e vídeos pornográficos de crianças e 1 Súmula nº 231: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. adolescentes no notebook, desktop e nos HDs. Portanto, a pena-base reclusiva deve ser fixada no dobro do mínimo legal, em dois anos de reclusão e 20 dias-multa.

Na segunda fase, em relação ao delito de pornografia infantil, não há de se reconhecer a atenuante da confissão, pois o apelante apenas confessou a prática do

delito previsto no art. 217-A, do CP, e do previsto no art. 240, do ECA. Assim, nenhuma circunstância agravante ou atenuante foi nem há de ser reconhecida, permanecendo as penas nos mesmos patamares.

Ausentes outras causas de aumento ou de diminuição, tornam-se as penas definitivas decorrentes do crime do artigo 241-B, caput, do ECA, em dois anos de reclusão e 20 dias-multa, no valor unitário mínimo.

A continuidade delitiva em relação ao delito do art. 241-B, do ECA, deve ser afastada.

De fato, muito embora haja vasto material pornográfico infantil, a prática de armazenamento de pornografia infantil é crime único, de natureza permanente. A multiplicidade de arquivos armazenados compõe a mesma conduta de armazenar, não se podendo falar em pluralidade de delitos.

O concurso material de infrações foi bem aplicado, devendo as sanções ser somadas, perfazendo a pena final e definitiva de vinte e cinco anos, um mês e dez dias de reclusão e 30 dias-multa, no valor unitário mínimo, porque incurso o acusado: a) no artigo 217-A, “caput”, do Código Penal, por cinco vezes, combinado com o artigo 71 do Código Penal; b) no artigo 240, § 2º, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por cinco vezes, combinado com o artigo 71 do Código Penal; c) no artigo 241-B, “caput”, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tudo na forma do artigo 69 do Código Penal.

O regime fechado para início de cumprimento da reclusiva foi bem fixado e, mesmo com o desconto do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do CPP), será mantido, levando-se em conta o montante da pena privativa de liberdade que resta a cumprir (art. 33, §§ 2º, do CP).

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não pode ser aplicada porque a pena fixada é superior a quatro anos (art. 44, I, do CP), afastando requisito objetivo para a concessão do benefício.

3. Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para reconhecer crime único em relação ao crime do art. 241-B, do ECA, bem como para reduzir as penas finais a vinte e cinco anos, um mês e dez dias de reclusão e 30 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantido o mais.

João Morengi
Relator

A Desembargadora ANGÉLICA DE ALMEIDA foi parcialmente vencida, eis que, pelo seu voto, mantinha as circunstâncias judiciais desfavoráveis que incrementaram a pena base dos crimes de estupro de vulnerável e o do artigo 240, caput, c.c. § 2º, III, do ECA, bem como a fração de aumento em 2/3 pela continuidade delitiva de ambos os delitos, com a seguinte
DECLARAÇÃO DE VOTO:

Voto nº 41.712 Apelação nº 1502458-81.2018.8.26.0228 São Paulo

Processo nº 1502458-81.2018.8.26.0228

Vara Regional Sul 1 de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

Apelante - Thiago Hailiton Alves Teixeira
Apelado - Ministério Público

Declaração de voto vencido parcialmente

Com a devida vênia ao entendimento firmado pelo relator, eminente desembargador João Morenghi, pelo meu voto, dá-se provimento parcial em menor extensão.

Na graduação da pena, mantenho as circunstâncias judiciais desfavoráveis, eis que práticas de atos libidinosos diversos (conjunção carnal e anal, felação, carícias sexuais pelo corpo da ofendida); ademais, evidenciado o comprometimento da ofendida pelo abuso sexual a que foi submetida pelo apelante. Constatada a dificuldade da ofendida no relacionamento interpessoal, fato grave, se considerado que, adolescente quando da apuração dos fatos. Além de apresentar quadro de dores físicas e asma, resistência à psicoterapia.

De outra parte, a confissão espontânea, como circunstância atenuante é de ser reconhecida, eis que apelante admitiu a prática das condutas imputadas, ainda que tenha tentado justificá-las com argumentos que não podem ser reconhecidos para desconfigurar os delitos. Deve ter alguma repercussão na pena.

Por outro lado, quanto à continuidade delitiva, considerado que foram várias as investidas a que a ofendida foi submetida, por longo tempo, mantenho o acréscimo de 2/3.

Assim, quanto ao delito previsto no artigo 217-A, do Código Penal, fixada a pena-base em oito anos de reclusão, mantido o aumento de 2/3, resulta treze anos e quatro meses de reclusão, reduzida de 1/3, pela confissão espontânea, fica em oito anos, dez meses e vinte dias de reclusão, aumentada de metade, por delito praticado por ascendente, resulta treze anos e quatro meses de reclusão, e em 2/3, pela continuidade delitiva, resulta vinte e dois anos, dois meses e vinte dias de reclusão.

Quanto ao artigo 240, § 2º, III, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), fixada a pena-base, em quatro anos de reclusão, aumentada de 2/3, pelas circunstâncias judiciais desfavoráveis, fica em seis anos e oito meses de reclusão, reduzida de 1/3, pela confissão espontânea, permanece em quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão, elevada de 1/3, pela causa de aumento, delito praticado prevalecendo-se das relações domésticas e familiares, fica em cinco anos, onze meses e três dias de reclusão, aumentada de 1/3, em face da continuidade delitiva (eis que 5 os vídeos identificados), resulta sete anos, dez meses e vinte e quatro dias de reclusão.

Assim sendo, pelo meu voto, dá-se provimento parcial para, quanto ao delito de estupro de vulnerável qualificado, impor a pena de vinte e dois anos, dois meses e vinte dias de reclusão e, quanto ao delito previsto no artigo 240, § 2º, III, da Lei 8.069/90, a pena de sete anos, dez meses e vinte e quatro dias de reclusão, em regime inicial fechado.

des^a Angélica de Almeida

Assim decidindo, a Egrégia Corte Bandeirante negou vigência/contrariou o disposto nos artigos 59 e 71, ambos do Código Penal, viabilizando a interposição do presente recurso especial, com

base na **alínea "a"**, do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, com as seguintes teses jurídicas:

I. Toda circunstância judicial negativa do delito que extrapole o tipo demanda incremento próprio da pena-base.

II. Admissível a continuidade delitiva em crimes permanentes, quando evidenciado que as diversas condutas foram praticadas em momentos distintos.

III. O reconhecimento da prática de inúmeros delitos ao longo do tempo, em continuidade delitiva, tem como efeito necessário a aplicação do índice máximo (2/3) previsto no art. 71, *caput*, do Código Penal.

3. CONTEXTUALIZAÇÃO

No presente Recurso Especial o Ministério Público pleiteia:

- a)** com fundamento no artigo 59 do Código Penal, o incremento da pena-base dos três crimes pelos quais o acusado foi condenado, ante a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis expressamente reconhecidas no v. acórdão e no voto vencido;
- b)** a reforma do v. acórdão na parte em que afastou a possibilidade da continuidade delitiva no crime do artigo 241-B, do ECA pois a sua natureza de delito permanente não impede o reconhecimento da continuação;
- c)** a adoção de maior fração de aumento da pena pela continuidade delitiva no crime de estupro de vulnerável.

4 – REVALORAÇÃO DA PROVA: NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

As pretensões deduzidas no presente recurso não implicam no reexame do conjunto fático-probatório, eis que o v. acórdão expressamente:

a) reconheceu a presença de todas as circunstâncias judiciais valoradas negativamente pela r. sentença, mas entendeu não serem suficientes para a majoração da pena base, in verbis (fls. 954):

"Na primeira fase, o acréscimo sobre a pena-base deve ser afastado. O argumento de que a criança tinha apenas 10 anos de idade é inidôneo para agravar a reprimenda e deve ser afastado, pois tal fato integra o núcleo do tipo penal. Quanto à circunstância da personalidade, ponderada em prejuízo do apelante, tem-se que também deve ser afastada, pois não há prova técnica que autorize juízo conclusivo (positivo ou negativo) sobre personalidade do réu. A este respeito, pede-se vênua para transcrever a doutrina de José Antonio Paganella Boschi, que se adota como razão de decidir:"

(...) A personalidade, todavia, é mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo porque o trabalho exige conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia, medicina, psiquiatria e, de outro lado, aquele que se dispões realizá-lo tendo a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que elege, não raro, como paradigma. A personalidade por isso é muito mais do que a avaliação que as pessoas fazem umas das outras, sendo indiscutível que ela não mais se resume, como entendia Roberto Lyra, àquele conjunto estático, permanente, de elementos hereditários ou atávicos de identificação humana. (...) Urge revisarmos, portanto, a idéia de que os problemas relacionados à personalidade são fontes de maior periculosidade, como delineada pelo legislador na redação original do nosso Código, nesse ponto coerente, aliás, com as disposições que ensejavam imposição cumulativa de pena e de medida

de segurança.(...).”(BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 2ª ed. ver. atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 203 e 209.)

Portanto, está-se diante de situação em que os elementos constantes dos autos são insuficientes para a aferição da personalidade do agente, impondo-se o afastamento desta circunstância. Além disso, o comprometimento de rendimento escolar, irritabilidade e dores físicas e doenças desenvolvidas em razão de seu quadro de ansiedade pós-traumático não restou comprovado. A testemunha Michele, mãe da vítima, afirmou que tal comportamento ocorreu após os abusos cometidos pelo tio, nada informando sobre consequências desta natureza após os fatos deste processo. Por fim, afasta-se a circunstância judicial desfavorável relativa ao fato do acusado ter descumprido a ordem judicial de não se aproximar da ofendida, pois conforme informado pelo apelante, e confirmado pela testemunha Michele, ele teria encaminhado duas cartas para a genitora da vítima, com o intuito de “pedir ajuda” e “se desculpar”, inexistindo, a princípio, a intenção de descumprir a ordem judicial. Assim, fica a pena-base reduzida ao piso de oito anos de reclusão”

b) reconheceu que o acusado adquiriu e armazenou, por longos 11 (onze) anos, em diversas oportunidades, e em dispositivos eletrônicos diversos, milhares cenas de sexo explícito envolvendo crianças. Não obstante, afastou a continuidade delitiva com o **fundamento jurídico de que o crime permanente não admite a continuidade**, *in verbis*:

“Consta, ainda, dos inclusos autos de inquérito policial que, entre os anos de 2007 e 2018, porém até o dia 22 de novembro de 2018, por voltadas 06h00, na Rua Nelson Washington Pereira, nº 38 0, Jabaquara, nesta Cidade e Comarca da Capital, TIAGO HAILITON ALVES TEIXEIRA, qualificado à fl. 30, adquiriu e armazenou, por

reiteradas vezes em seus 05 notebooks, 05 HDs externos, em seu aparelho celular e em sua CPU (todos apreendidos conforme Auto de Exibição/ Apreensão de fls. 25/27), vídeos e fotografias contendo cenas de sexo explícito e pornográficas envolvendo crianças e adolescentes, conforme Relatório de Investigação de fls. 48/62 e laudos periciais oportunamente juntados"

[...]

"Quanto ao crime previsto no artigo 241-B, caput, do ECA, na primeira fase, verifica-se que, devem ser afastadas as circunstâncias judiciais acima apresentadas, reconhecendo-se, porém, a circunstância judicial desfavorável em atenção à culpabilidade intensa do réu, que armazenava milhares de fotos e vídeos pornográficos de crianças e adolescentes no notebook, desktop e nos HDs"

c) reconheceu que a vítima visitava o acusado quinzenalmente e por longos 03 anos foi estuprada de todas as formas (conjunção carnal, relação anal, relação oral e carícias), *in verbis* (fls. 946):

"Narrou que após ter sido abusada sexualmente pelo seu tio, com sete anos de idade, seu pai sob o pretexto de evitar que isso ocorresse novamente, deveria lhe "ensinar algumas coisas". Apontou que o pai teria praticado diversos atos sexuais com ela, inclusive sexo oral, vaginal e anal"

Portanto, não se busca o revolvimento do conjunto fático-probatório, mas tão somente a possibilidade de as circunstâncias judiciais desfavoráveis expressamente reconhecidas no v. acórdão incrementar a pena base de todos os delitos, bem como de se reconhecer a continuidade delitiva do crime do artigo 241-B, do ECA, e a majoração da fração de aumento pela continuidade do crime de estupro.

Com isso, não incide a Súmula 07 do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme precedentes da referida Corte, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 3º, DO CP. SÚMULA N. 7 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA. OCORRÊNCIA. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A controvérsia prescinde do reexame de provas; é suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. O Tribunal a quo concluiu pela absolvição do acusado em decorrência da ausência de elementos necessários para a configuração do crime, dada a não comprovação de conjunção carnal - único ato descrito na denúncia.

3. É lúdima a sentença e em perfeita correlação com a denúncia, ao concluir pela condenação do acusado, porquanto a exordial acusatória não deixou dúvidas acerca da prática de atos libidinosos diversos, com violência presumida em razão da menoridade da vítima (que contava 4 anos ao tempo dos fatos), além das ameaças proferidas e lesões resultantes.

4. É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima.

5. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau (STJ, REsp 1671920/SC, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017). (negritamos)

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOLO DE SATISFAÇÃO DALASCÍVIA. ABSOLVIÇÃO. VÍTIMA CRIANÇA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 217-ADO CÓDIGO PENAL. CONSUMAÇÃO. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM OFENSIVO À DIGNIDADE SEXUAL. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia atinente à inadequada absolvição prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

2. O Tribunal local afirmou que "os elementos colhidos pela autoridade policial e as provas produzidas em Juízo são suficientes para comprovar que o apelante praticou o ato descrito na denúncia".

3. Outro não é o dolo do agente, ao praticar atos como os descritos nestes autos, senão o de satisfazer a sua lascívia. É irrazoável, após o reconhecimento de todos os elementos do tipo descritos no art. 217-A do Código Penal, afirmar que "a ação do apelante se afigura moralmente reprovável, mas não apresenta a gravidade necessária e proporcional à aplicação do tipo penal de estupro de vulnerável".

4. Nega-se vigência ao art. 217-A do CP quando, diante de atos lascivos diversos da conjunção carnal e atentatórios à

liberdade sexual da vítima (criança de 5 anos), absolve-se o réu.

5. A proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.

6. É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes.

7. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a contrariedade do acórdão ao art. 217-A do Código Penal e restabelecer a sentença de primeiro grau. Determinação de execução imediata da pena (STJ, REsp 1423134/MT, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017). (negritamos)

Logo, evidente a não incidência da Súmula 07-STJ.

5. DA CONTRARIEDADE AO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL (TESE I)

Estabelece o Código Penal:

“Art. 59. O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, a conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos

[...]

O dispositivo em questão, que deita raiz no princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, CF), estabelece o dever de o Estado-juiz ajustar, quantitativa e qualitativamente, a pena ao fato e ao autor, por meio da concreta aplicação, ao caso em julgamento, de circunstâncias previstas, de forma mais ou menos indeterminada, em lei.

Trata-se de regra de efetivação de cânone medular da ciência penal – o da proporcionalidade da pena -, segundo o qual a existência de equilíbrio entre os delitos e a penas, de acordo com a gravidade e a paixão determinante, constitui-se em mecanismo essencial para preservação da ordem jurídica, posto que sua negação retiraria a eficácia dissuasória do castigo.

Daí porque o aumento a ser praticado pelo magistrado, por ocasião da análise do artigo 59 do Código Penal, deve ser proporcional ao número de circunstâncias judiciais desfavoráveis e à intensidade com que de cada uma delas é valorada.

A esse respeito, confira-se a orientação do Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. DIMENSIONAMENTO. EXCESSO NÃO VERIFICADO. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL FUNDAMENTADA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INEXISTÊNCIA DE ARBITRARIEDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Autoriza o incremento da pena a constatação de circunstância judicial exterior aos elementos típicos do crime que indique maior censura da conduta. 2. Cada circunstância insimilar do delito, se negativa, demanda incremento próprio, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em cumprimento ao comando constitucional que impõe a individualização da pena. 3. A mera divergência ordinária dos critérios de fixação da pena não é sanável por meio de habeas corpus, estreita via reservada à correção, segundo juízo de legalidade, de arbitrariedades cometidas pelas instâncias ordinárias. 4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.” (RHC 127533, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 08/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 16-11-2015 PUBLIC 17-11-2015).

Pois bem, no caso em exame, a r. sentença monocrática reconheceu presentes as circunstâncias judiciais desfavoráveis com os seguintes fundamentos (fls. 868):

"Atendendo ao disposto no artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o réu é tecnicamente primário. No entanto, tendo em vista as circunstâncias e consequências do crime ora imputado, a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do agente, tem-se que a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal. Isto porque, deve-se sopesar que a prática delitiva ocorreu em tenra idade (desde os dez anos de idade até a entrada na adolescência), contra a inocência da própria filha e valendo-se da especial situação de vulnerabilidade em que a ofendida já se encontrava, em razão da notícia de outra violação sexual perpetrada por um tio aos sete anos de idade da menor. Anota-se que as práticas sexuais foram de toda a sorte (conjunção carnal, coito, felação e carícias sensuais pelo corpo da infante). Outrossim, a personalidade desvirtuada do acusado restou por completo demonstrada nestes autos, tendo em vista sua narrativa dos fatos, a imputar culpa à vítima pelos fatos criminosos a ele imputados, rotulando a jovem como "sedutora" e "egoísta". Tais ocorrências sexuais, por incutir na jovem vítima sentimentos contraditórios de prazer, medo e culpa, os quais ela não conhece, acabam por influenciar de maneira destruidora em sua formação psicológica, moral e sexual, deixando marcas indeléveis e a necessidade constante de ajuda profissional para superar, ou ao menos aprender a conviver, com as marcas da violência sexual praticada pelo próprio pai. Ademais, consta que a ofendida sofreu comprometimento de rendimento escolar, irritabilidade e dores físicas e doenças desenvolvidas em razão de seu quadro de ansiedade pós-traumático. A jovem é tão comprometida emocionalmente que apresenta, inclusive, não expressão qualquer sentimento, mostrando claro quadro de apatia. Outrossim, não se

pode desprezar que o acusado, em que pese a existência de ordem judicial expressa para não se aproximar da ofendida, descumpriu-a de forma deliberada, encaminhando cartas à genitora da ofendida do interior do sistema penitenciário, com o intuito de "pedir ajuda" e "se desculpar". Desta feita, por lhe serem desfavoráveis tais circunstâncias judiciais, fixo-lhe a pena-base acima do mínimo legal, qual seja, em 12 (doze) anos de reclusão, para cada dos inúmeros crimes de estupro praticado contra a vítima"

O voto vencido, de igual modo, deixou assentado

(fls. 960):

"Na graduação da pena, mantenho as circunstâncias judiciais desfavoráveis, eis que práticas de atos libidinosos diversos (conjunção carnal e anal, felação, carícias sexuais pelo corpo da ofendida); ademais, evidenciado o comprometimento da ofendida pelo abuso sexual a que foi submetida pelo apelante. Constatada a dificuldade da ofendida no relacionamento interpessoal, fato grave, se considerado que, adolescente quando da apuração dos fatos. Além de apresentar quadro de dores físicas e asma, resistência à psicoterapia".

Por fim, o v. acórdão recorrido, analisou todas essas circunstâncias desfavoráveis de forma expressa, *in verbis* (fls. 954):

"Na primeira fase, o acréscimo sobre a pena-base deve ser afastado. O argumento de que a criança tinha apenas 10 anos de idade é inidôneo para agravar a reprimenda e deve ser afastado, pois tal fato integra o núcleo do tipo penal. Quanto à circunstância da personalidade, ponderada em prejuízo do apelante, tem-se que também deve ser afastada, pois não há prova técnica que autorize juízo conclusivo (positivo ou negativo) sobre personalidade do réu. A este respeito,

pede-se vênia para transcrever a doutrina de José Antonio Paganella Boschi, que se adota como razão de decidir:"

(...) A personalidade, todavia, é mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo porque o trabalho exige conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia, medicina, psiquiatria e, de outro lado, aquele que se dispões realizá-lo tendo a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que elege, não raro, como paradigma. A personalidade por isso é muito mais do que a avaliação que as pessoas fazem umas das outras, sendo indiscutível que ela não mais se resume, como entendia Roberto Lyra, àquele conjunto estático, permanente, de elementos hereditários ou atávicos de identificação humana. (...) Urge revisarmos, portanto, a idéia de que os problemas relacionados à personalidade são fontes de maior periculosidade, como delineada pelo legislador na redação original do nosso Código, nesse ponto coerente, aliás, com as disposições que ensejavam imposição cumulativa de pena e de medida de segurança. (...)." (BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 2ª ed. ver. atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 203 e 209.)

Portanto, está-se diante de situação em que os elementos constantes dos autos são insuficientes para a aferição da personalidade do agente, impondo-se o afastamento desta circunstância. Além disso, o comprometimento de rendimento escolar, irritabilidade e dores físicas e doenças desenvolvidas em razão de seu quadro de ansiedade pós-traumático não restou comprovado. A testemunha Michele, mãe da vítima, afirmou que tal comportamento ocorreu após os abusos cometidos pelo tio, nada informando sobre consequências desta natureza após os fatos deste processo. Por fim, afasta-se a circunstância judicial desfavorável relativa ao fato do acusado ter descumprido a ordem judicial de não se aproximar da ofendida, pois conforme informado pelo apelante, e

confirmado pela testemunha Michele, ele teria encaminhado duas cartas para a genitora da vítima, com o intuito de "pedir ajuda" e "se desculpar", inexistindo, a princípio, a intenção de descumprir a ordem judicial. Assim, fica a pena-base reduzida ao piso de oito anos de reclusão"

Não obstante todas essas circunstâncias, o v. acórdão recorrido decidiu que as mesmas são insuficientes para a majoração da pena dos três delitos pelos quais o réu foi condenado.

Conclui-se, portanto, que estão presentes, no caso concreto, circunstâncias judiciais negativas, previstas no artigo 59 do Código Penal e desconsideradas pelo Tribunal *a quo*, que, na escala de gravidade, distanciam as condutas praticadas pelos recorridos das formas ordinárias da prática de infrações dessas naturezas, autorizando, assim, a exasperação das penas-base em fração estabelecida em primeiro grau ou, ao menos, em fração que a Corte Superior entender adequada e proporcional ao caso.

Em casos semelhantes, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE NÃO RENOVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS APÓS DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA LAVRATURA DE RELATÓRIO PSICOSSOCIAL. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA COMPLEMENTAR. **DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NEGATIVAÇÃO. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS. CONSEQUÊNCIAS.** TERCEIRA FASE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 226, II, DO CP. PENA REDIMENSIONADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. [...]

4. É idônea a fundamentação da exasperação da pena-base, em relação às circunstâncias judiciais da culpabilidade (pressão psicológica na vítima),

circunstâncias do crime (agente se aproveitar de relações familiares) e consequências do delito (contaminado a vítima com sífilis). Precedentes.

5. Inidônea a fundamentação, quanto à personalidade do agente, uma vez que esta Corte não admite que se presuma que o paciente tenha personalidade distorcida em razão da gravidade do próprio delito. Precedentes.

6. In casu, o fato de o agente ser o genitor da vítima não foi valorado na primeira fase da dosimetria, o que permite o incremento da pena na segunda fase da dosimetria, com fulcro no art. 226, II, do CP, sendo descabida a alegação de bis in idem (HC n. 338.563/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9/4/2018).

7. Ordem parcialmente concedida para, afastando a negatificação da circunstância judicial da personalidade, redimensionar a pena imposta ao paciente para 20 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, na Ação Penal n. 0007740-51.2009.8.08.0048, da 2ª Vara Criminal da comarca de Serra/ES (HC 533412/ES, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, 25/08/2020, DJe 04/09/2020).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO.** REGIME PRISIONAL FECHADO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. [...]

3. Para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade 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 dos autos, o fato de o agente ter, em uma das oportunidades, praticado o delito enquanto outras crianças dormiam no mesmo cômodo da casa, além de que em várias outras ocasiões ter submetido a vítima à prática de atos atentatórios a sua dignidade sexual dentro do seu automóvel, bem como em matagais, tendo sido a vítima submetida à prática de sexo oral, penetração anal, dentre outras violências, permite, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

4. Não há que se falar em fixação de regime diverso do fechado, considerando que, além de a pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal, ante o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a quantidade da pena

imposta, superior a 8 anos, impõe o regime prisional mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente. 5. Writ não conhecido (HC 558460/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA Julgamento 10/03/2020, DJe 26/03/2020).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. **DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL.** APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL POR SER MAIS FAVORÁVEL AO RÉU. **DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS. CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PROPORCIONALIDADE.** AGRAVO DESPROVIDO.

1. [...]

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade. 3. No caso, o trauma perene causado à criança, assim como as circunstâncias nas quais os crimes contra a liberdade sexual foram perpetrados, indicam, a toda evidência, a necessidade de exasperação da pena-base, como corolário dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. 4. Considerando a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser mantida a pena nos patamares estabelecidos no decisum ora agravado, sendo descabido falar em bis in idem por ter sido operado aumento superior ao cabível caso fosse reconhecida a presença de apenas uma vetorial desabonadora. 5. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 395670/RJ, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgamento 04/09/2018, DJe 14/09/2018))

Assim, aguarda o Ministério Público que sejam valoradas negativamente essas circunstâncias, expressamente reconhecidas pela decisão recorrida, para restabelecer a majoração da pena base dos três crimes, como fixadas em primeiro grau de jurisdição.

6. DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. REFLEXOS NO ARTIGO 241-B DA LEI N. 8.069/90 (TESE II)

Dispõe o artigo 71 do Código Penal:

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.
[...]

Dispõe o artigo 241-B da Lei n. 8.069/90:

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: [\(Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008\)](#)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. [\(Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008\)](#)

[...]

O v. acórdão afastou a continuidade delitiva sob o argumento jurídico de que o delito do artigo 241-B, do ECA é permanente e, nessas condições, não admite a continuidade delitiva, in verbis:

"A continuidade delitiva em relação ao delito do art. 241-B, do ECA, deve ser afastada.

De fato, muito embora haja vasto material pornográfico infantil, a prática de armazenamento de pornografia infantil é crime único, de natureza permanente. A

multiplicidade de arquivos armazenados compõe a mesma conduta de armazenar, não se podendo falar em pluralidade de delitos". (grifei).

Com o devido respeito, o fato de o crime ser permanente não afasta, por si só, a continuidade delitiva.

Embora permanente, o crime pode se desdobrar em várias condutas distintas e, nessa hipótese, perfeitamente configurada a continuidade.

A respeito da possibilidade da continuação no crime permanente colhe-se a lição de **NELSON HUNGRIA**:

"A permanência é conciliável com o crime continuado. Ter-se-á crime de seqüestro continuado, por exemplo, no caso em que se priva alguém de liberdade, quando a vítima, tendo escapado, é novamente seqüestrada, em condições semelhantes (art. 148) (Comentários ao Código Penal, v. 2, 2ª ed., Forense, 1955, p. 427, destaquei).

Tratando da possibilidade da continuidade delitiva no crime de tráfico ilícito de drogas, **igualmente delito de ação múltipla e permanente**, ensinam VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES e JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR:

"Crime de ação múltipla. Nota-se facilmente que o crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 é de ação múltipla, isto é, possui várias condutas típicas separadas pela conjunção alternativa "ou". Em razão disso, a pluralidade de condutas envolvendo o mesmo objeto material constitui crime único. Exemplo: adquirir, transportar, guardar e depois vender a mesma substância entorpecente. Nesse caso, há um só crime, porque as diversas condutas são fases sucessivas de um mesmo ilícito. Os crimes de ação múltipla são também chamados de crimes de conteúdo variado ou de tipo misto alternativo.

Não haverá, contudo, delito único quando as condutas se referirem a cargas diversas de entorpecente sem qualquer ligação fática. Assim, se uma pessoa compra um quilo de maconha e depois o vende, e, na semana seguinte, compra mais dois quilos e vende, responde por dois delitos em continuação delitiva, já que as formas de execução foram as mesmas (a compra e a venda)" (Legislação Penal Especial Esquematizado, 2ª ed., Saraiva, 2016, p. 89).

E na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"...DO CONCURSO DE CRIMES Pugnam os apelantes, inicialmente, pelo reconhecimento de crime único, permanente e progressivo. Subsidiariamente, pedem pelo reconhecimento de crime continuado. Todavia, sem razão. Verifica-se do conjunto probatório que não houve crime único, vez que cada conduta delitiva apresentou suas peculiaridades, com modos de execução diferentes, envolvidos distintos (não foi apenas um usuário que recebeu os entorpecentes entregues a consumo), quantidades divergentes de drogas e condições temporais diversas. **O tráfico é sim um crime permanente, porém não houve progressividade, menos ainda crime único. A rigor, do ponto de vista técnico, trata-se de concurso material de delitos, nos termos do CP, já que os agentes, mediante mais de uma ação, praticaram vários crimes idênticos** - ainda que autônomos e diversos entre si (condutas típicas autônomas)..." (REsp 1822184/PR, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS 16/12/2019).

Pois bem, no caso em exame, o recorrido adquiriu e armazenou **por longos 11 (onze) anos** (de 2007 a 2018), milhares de vídeos e fotografias com cenas de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente, **o fazendo nos mais diversos equipamentos eletrônicos, quais sejam, 05 notebooks, 05 HDs, 01 celular e 01 CPU.**

Os laudos periciais de fls. 300/304, 320/328, 334/340, 350 e ss., 387/400, 412/419 e 440/460 demonstram que durante

esses 11 anos, o acusado foi baixando os vídeos e fotografias em datas diversas e a cada vez, armazenava em dispositivo distinto.

Assim, patente a continuidade delitiva, na medida em que o acusado, de tempos em tempos, baixava os vídeos e os armazenava em dispositivos distintos.

Por conta disso, o Juízo *a quo* entendeu que as condutas foram praticadas ao longo do tempo, e em datas diversas, umas muito distantes das outras, configurando a continuidade delitiva.

Assim, aguarda-se a reforma do v. acórdão para reconhecer a continuidade delitiva, com a majoração da pena do delito do artigo 241-B, do ECA na fração de 2/3 como fixado em primeiro grau de jurisdição.

7. DA CONTRARIEDADE AO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. FRAÇÃO DE AUMENTO NO CRIME DO ARTIGO 217-A DO CP (TESE III)

Comprovado nos autos que o acusado iniciou a prática dos delitos de estupro quando sua filha contava com **10 anos de idade, conduta criminosa que perdurou por 03 anos.**

Conforme laudo psicológico de fls. 515/517, a vítima relatou que os abusos sexuais ocorriam a cada três meses.

Em Juízo disse que foram várias as vezes a que foi submetida às mais diversas formas de abuso (relação oral, coito anal, conjunção carnal, carícias, etc).

Essas circunstâncias, devidamente provadas nos autos, indicam que inúmeros foram os crimes de estupro, não havendo elementos objetivos nos autos que possam precisar o número exato.

O que se tem de concreto e comprovado é que os abusos começaram no ano de 2015, perduraram por 03 anos e se repetiam com frequência sempre que a vítima visitava o acusado, e que cinco dos estupros foram gravados pelo acusado.

O v. acórdão recorrido, entretanto, **se apegou tão somente ao número de vídeos que registraram alguns dos estupros (05 vídeos)**, para majorar a pena na fração de 1/3.

Entretanto, como salientado na r. sentença, (fls. 865/866):

" Neste diapasão, tendo em vista ter as cenas de abuso sexual se repetiram durante o interregno de mais de três anos (desde o ano de 2015 até novembro de 2018), por inúmeras vezes, sob o mesmo modus operandi do agente, ou seja, valendo-se, da ausência materna ou de qualquer outro responsável da jovem para satisfazer sua lascívia, com a prática dos mais variados atos libidinosos e da conjunção carnal, é possível a aplicação do disposto no caput do artigo 71, do Código Penal para estes inúmeros crimes de estupro de vulnerável que se repetiram ao longo do tempo. Prevê o artigo 71, caput, do Código Penal, a saber: "quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços". Observa-se, primeiramente, ser possível a caracterização de tal figura jurídica, no caso em tela, tendo em vista que,

num lapso temporal de cerca de mais de três anos, com o modus operandi semelhante, por várias vezes, consoante o narrado pela vítima, este praticou, reiteradamente, o crime de estupro de vulnerável contra a vítima, consistente em carícias lascivas, felação, coito vaginal e coito anal, sempre no ambiente doméstico. Assim, tendo em vista a similitude de tempo, local e modus operandi, à luz do artigo 71, caput, do Código Penal, tem-se que cada um dos inúmeros crimes de estupro de vulnerável praticados contra a vítima são tidos por um só, com o acréscimo de pena previsto neste dispositivo legal. Considerando que as cenas de violência se repetiram ao longo deste período, deve ser majorada, para o réu, pelo máximo legal (dois terços).

E no r. voto vencido (fls. 961):

"Por outro lado, quanto à continuidade delitiva, considerado que foram várias as investidas a que a ofendida foi submetida, por longo tempo, mantenho o acréscimo de 2/3"

Em casos semelhantes, tem decidido o C. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR MÁXIMO LEGAL. DECISÃO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. PRÁTICA DO DELITO POR INCONTÁVEIS VEZES DURANTE OS ANOS DE 2007/2008. IMPRECISÃO DO NÚMERO DE CRIMES. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES. 1. Não há falar em julgamento ultra petita quando o recurso especial é decidido dentro dos limites recursais. No caso, o Parquet estadual pleiteou a majoração da fração referente à continuidade delitiva de metade até seu grau máximo. **2. A jurisprudência deste**

Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis é cabível a elevação da pena pela continuidade delitiva no patamar máximo quando restar demonstrado que o acusado praticou o delito por diversas vezes durante determinado período de tempo, não se exigindo a exata quantificação do número de eventos criminosos, sobretudo porque em casos tais, os abusos são praticados incontáveis e reiteradas vezes, contra vítimas de tenra ou pouca idade. Precedentes desta Corte. 3. Na espécie dos autos, embora tenha sido afastado o reconhecimento do crime no ano de 2003, ficou comprovado que este consumou-se por inúmeras vezes durante o período de 2007 e 2008, sendo de rigor o aumento da pena em seu grau máximo. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1717358/PR, Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA Julgamento 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

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 Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgamento 21/02/2017, DJe 06/03/2017).

RECURSO ESPECIAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 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 de vulnerável, entendeu por bem negar a realidade e, na dúvida, impor o patamar mais brando. 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 distanciaram para muito mais de sete o número de vezes em que o recorrido molestou a vítima, porquanto o próprio Tribunal de origem salientou a omissão dos**

familiares em revelar os fatos, tendo em vista a influência que ele exercia sobre eles, "o que permitiu que os crimes fossem praticados durante anos, por reiteradas vezes". 5. Recurso especial conhecido e provido, para reconhecer a violação do art. 71 do Código Penal e restabelecer a sentença condenatória (REsp **1.582.601/DF**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016,)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA O JUÍZO DE CONDENAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **CONTINUIDADE DELITIVA. ELEVADO NÚMERO DE INFRAÇÕES.** ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. FORMA SIMPLES. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 DECLARADA PELO STF. ORDEM DENEGADA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Analisar a tese de que as provas consideradas pelo magistrado são insuficientes para o juízo de condenação do paciente exige dilação probatória, inviável em sede de habeas corpus. **2. A elevação da pena pela continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) relaciona-se com o número de infrações cometidas, não sendo ilegal o aumento da pena no grau máximo (2/3) àquele que, na condição de padrasto, durante aproximadamente 3 anos, constrangeu por inúmeras vezes a enteada menor de catorze anos.** 3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor nas suas formas simples, ou seja, quando de sua prática não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, estão inseridos no rol dos crimes considerados hediondos, consoante estabelece o art. 1º, V e VI, da Lei 8.072/90. 4. Declarada pela Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastado

restou o óbice à execução progressiva da pena. 5. Ordem denegada. Habeas corpus concedido de ofício para, tão-somente, afastar a proibição da progressão de regime de cumprimento da pena imposta ao paciente, cuja efetivação dependerá da análise, por parte do Juízo das Execuções Criminais, dos requisitos legais exigidos para a concessão do benefício (HC 73993/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, Julgamento 21/08/2008, DJe 22/09/2008).

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS CONTRA MENOR DE CATORZE ANOS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 9º DA LEI N. 8.072/1990. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. APLICAÇÃO RETROATIVA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO PREVISTO NO ART. 213 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. INVIABILIDADE. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO ESTÁ CAPITULADA NA DENÚNCIA. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DE QUE AS CONDUTAS FORAM PRATICADAS EM CONTINUIDADE DELITIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. RÉU SE DEFENDE DOS FATOS. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA À FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. **CONVICÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE AS CONDUTAS FORAM PRATICADAS "INÚMERAS E REITERADAS VEZES". APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.** 1. É inadmissível o emprego do habeas corpus em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional (precedentes do STJ e do STF). 2. Apesar de se ter

solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso cabível, este Superior Tribunal analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta ao direito de ir e vir, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial. 3. Evidenciado que se mostra mais favorável ao paciente a aplicação do preceito secundário previsto no art. 217-A do Código Penal, em razão da revogação do art. 224 do Código Penal, que dava suporte à aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, a qual ensejaria a fixação da reprimenda definitiva ao paciente em 22 anos e 6 meses de reclusão, deve ser mantida a dosimetria da pena realizada pelo Juízo de primeiro grau, corroborada pelo Tribunal de origem. 4. Em razão da vedação à combinação de leis, deve ser aplicada, caso mais benéfica ao réu, a lei nova por inteiro, razão pela qual não há como acolher o pleito de aplicação do preceito secundário do art. 213 do Código Penal, até porque as condutas foram praticadas contra menor de catorze anos. 5. Verificado que a denúncia descreveu pormenorizadamente a prática das condutas em continuidade delitiva, não há como prosperar o pleito de afastamento da causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal, fundamentado no argumento de que referida majorante não se encontra capitulada na inicial acusatória, até porque o réu se defende dos fatos, e não apenas da capitulação jurídica. 6. O pedido subsidiário de redução da fração da causa de aumento do crime continuado a 1/6 não merece acolhimento. Primeiro, porque alcançar conclusão no sentido da inexistência de elementos que demonstrem ter o paciente praticado as condutas inúmeras vezes demanda o exame aprofundado de provas, inviável na via eleita do habeas corpus. **Segundo, porque, tendo as instâncias ordinárias firmado a convicção de que as condutas foram praticadas "inúmeras e reiteradas vezes", adequada a aplicação da fração**

máxima (2/3). 7. Habeas corpus não conhecido (HC 174573 / SC, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgamento 29/08/2013, DJe 12/09/2013).

Destarte, comprovado que o acusado praticou os estupro por inúmeras vezes ao longo de 03 anos, aproveitando-se da convivência familiar e enquanto demais filhos estavam em cômodos distintos da casa, requer o Ministério Público o restabelecimento do aumento da pena pela continuidade delitiva no crime de estupro, na fração de 2/3, como fixado em primeiro grau.

8- DO PEDIDO DE REFORMA.

Ante todo o exposto, demonstrada, fundamentadamente, a contrariedade à lei federal, aguarda o **Ministério Público do Estado de São Paulo**, seja **admitido** o processamento do presente **RECURSO ESPECIAL** por essa Egrégia Presidência, bem como seja ele oportunamente **conhecido** e **provido** pelo Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, a fim de:

- a)** cassar o v. acórdão no tópico em que afastou as circunstâncias judiciais desfavoráveis em relação aos três crimes, restabelecendo-se o aumento da base como fixado em primeiro grau de jurisdição;
- b)** reformar o v. acórdão na parte em que afastou a continuidade delitiva no crime do artigo 241-B da Lei n. 8.069/90 por entender que crime permanente não admite essa modalidade, restituindo-se os autos à origem para a fixação da fração de aumento;
- c)** cassar o v. acórdão na parte em que reduziu a fração de aumento pela continuidade delitiva no crime de estupro de vulnerável, restabelecendo-se a fração de 2/3 fixada em primeiro grau de jurisdição.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2021.

Jairo José Gênova

Promotor de Justiça

(Designado em 2ª Instância-Portaria 795/2014, DOESP 01.02.2014)