



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
PODER JUDICIÁRIO

MALOTE DIGITAL

Tipo de documento: Informações Processuais

Código de rastreabilidade: 30020231958904

Nome original: TJER_RO_REsp 1846665_OFIC_8837.PDF

Data: 10/02/2023 10:17:36

Remetente:

Hernani Cardoso da Silva Júnior

Coordenadoria Criminal da Central de Processos Eletrônicos do 2º Grau - CPE2G

TJRO

Prioridade: Normal.

Motivo de envio: Para anexar ao Processo 00001792020168220701.

Assunto: Senhor(a) Diretor(a), encaminhado cópia da decisão proferida pelo STJ para cumprimento





SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ofício n. 008837/2023-CPPE

A Sua Excelência o Senhor
Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
Rua José Camacho, 585 - Bairro Olaria
76801-330 Porto Velho | RO

Assunto: RECURSO ESPECIAL n. 1846665/RO (2019/0328505-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
N. ORIGEM : 00001792020168220701, 1792020168220701
RECORRENTE : A F J
N ã O
ABREVIADO : ARMANDO FIORI JÚNIOR
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

Senhor Presidente,

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Senhor(a) Ministro(a) signatário(a) da decisão, cuja cópia segue anexa, comunico a Vossa Excelência, para os devidos fins, que, nos autos do processo em epígrafe, foi proferida a referida decisão.

Esclareço a Vossa Excelência que as peças do processo poderão ser obtidas por meio do *link* (chave de acesso) constante do rodapé deste documento, e, eventuais **informações também poderão ser prestadas por meio do mesmo link**.

Respeitosamente,

OLIOMAR REZENDE DE CASTRO
Coordenador de Processamento de Feitos de Direito Penal

www.stj.jus.br

SAFS - Quadra 06 - Lt. 01 - Trecho III - CEP: 70095-900, Brasília - DF

PABX: (061) 3319-8000

Documento eletrônico VDA35238796 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006

Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS Assinado em: 09/02/2023 17:58:01

Código de Controle do Documento: deae3366-3a3c-4dde-948b-7958707c0a78

Chave de Acesso: <https://cpe.web.stj.jus.br/#/chave?k=A965F1D54445E42F3DEC>, válida até 10/04/2023 às 17:58:00





SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1846665 - RO (2019/0328505-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : A F J
ADVOGADOS : SEBASTIÃO ARONE COLOMBO - ES008454
CLAUDIO RUBENS NASCIMENTO RAMOS JUNIOR -
RO008499
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

DECISÃO

A. F. J. interpõe recurso especial com fulcro na alínea "a" e "c", do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia na Apelação n. 00001792020168220701.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta as seguintes violações: a) art. 261, caput, e parágrafo único, do Código de Processo Penal, diante da nulidade decorrente da ausência de defesa, devendo o processo ser anulado desde a citação; b) art. 155, caput, do CPP, tendo em vista a inexistência de provas judicializadas aptas a condenar o réu; c) arts. 145 e 148, I, ambos da Lei n. 8.069/1990 pela nulidade decorrente da incompetência do juízo, diante da inconstitucionalidade da respectiva resolução criadora da vara em que tramitou o processo, mormente por não se tratar de julgamento de ato infracional; d) arts. 3º, 381 e 382, todos do CPP e 1.022 do CPC, pois não analisadas as teses postas nas alegações finais (contradições nos depoimentos, apontadas faltas memórias da vítima, etc.), tornando as decisões nulas por falta de fundamentação; e) art. 226, II, do Código Penal, porquanto não comprovada a relação de autoridade do réu sobre a ofendida; f) art. 71, caput, do CP, haja vista a não comprovação do período em que a ofendida teria sido violentada e g) art. 617 do CPP, pois foi expedido mandado de prisão em desfavor do réu sem que houvesse recurso do Ministério Público, em evidente *reformatio in pejus*. Aponta, ainda, divergência jurisprudencial em relação aos temas.



Desse modo, requer:

- a) seja conhecido e admitido o presente recurso com o envio ao Superior Tribunal de Justiça, para que seja dado o devido provimento aos seus termos, ante o prequestionamento das matérias e o cabimento por força do artigo 105, inciso III, alínea a e c, da Constituição Federal e 1.029 da Lei Federal 13,105/2015;
- a.1) considerando as teses jurídicas acima aventadas e o intuito de evitar cumprimento indevido de pena desde já, tendo em vista as nulidades acima demonstradas, requer o Recorrente seja concedido **efeito suspensivo** nesses autos desde o recebimento deste recurso até o seu julgamento no Colendo Superior Tribunal de Justiça, na forma do artigo 1.029, parágrafo quinto, inciso I, II e III, do Código de Processo Civil;
- b) seja concedido o efeito suspensivo da aplicação da execução da pena enquanto não houver julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, ante a fundamentação das nulidades ora apresentadas;**
- c) seja anulado o acórdão, devendo os autos retornarem ao primeiro grau de jurisdição onde deve ser ordenado a citação do Recorrente para apresentar sua defesa, ante o **reconhecimento da ausência de defesa técnica/fundamentada e o notório prejuízo** quando da inobservância pelo Tribunal, sob pena de violação ao artigo 261, *caput* e parágrafo, do Código de Processo Penal, 5º, inciso LIV, LV e LVII, da Constituição Federal, já devidamente prequestionados.
- d) seja anulado o acórdão, devendo os autos retornarem ao primeiro grau de jurisdição onde deve ser reaberto o **julgamento para análise das provas**, haja vista ter sido fundado apenas no inquérito policial sob pena de violação ao artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, 5º, inciso LIV, LV e LVII, da Constituição Federal, já devidamente prequestionados;
- e) seja **anulado por incompetência do juízo**, com base na ilegal e inconstitucional Resolução 004/2011 TJRO-PR, seja com base na Lei Complementar Estadual nº 597/2010, desde a origem com base nos fundamentos de ilegalidade das referidas normas ao artigo 22, inciso I, CF, 145, e 148, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob pena de nulidade da decisão violação aos artigos 3º, 381 e 382 do CPP, 1.022, do CPC, 93, inciso IX, 5º, LIV e LV da CF da CF, ao primado da segurança jurídica, ao devido processo legal, ampla defesa, contraditório e ao Estado Democrático de Direito, devidamente prequestionados;
- f) seja anulada e retornado os autos para o juízo de primeiro grau, a fim de que seja satisfeita a prestação jurisdicional com análise das alegações finais e conjunto de informações**, sob pena de violação aos artigos 381 e 382 do CPP, 1.022, do CPC, 93, inciso IX, 5º, LIV e LV da CF da CF, ao primado da segurança jurídica, ao devido processo legal, ampla defesa, contraditório e ao Estado Democrático de Direito, devidamente prequestionados;

g) seja pela dúvida evidente nestes autos acerca da prática do suposto crime, seja pela impossibilidade de se julgar apenas conforme o inquérito frente a realidade posta em juízo pelos depoimentos com a evidente inexistência de crime aliada ao prejudicado colhimento de informações comprovados pelas expressões aplicadas pelas crianças que não são de sua natureza, temos, em respeito ao princípio da dúvida se julgar em favor do réu, ante o princípio do estado de inocência previsto na Constituição Federal, **deve ser anulada a decisão colegiada para que em substituição seja apresentado novo acórdão com a análise de todo conjunto de informações apurados no caderno processual, sob pena de violar os artigos 155, a ausência de defesa fundamentada/técnica no artigo 261**, os requisitos da sentença e embargos de declaração nos artigos 381 e 382, 386, III, do Código de Processo Penal, ainda, de forma direta, viola o artigo 5º, incisos LV e LIV, por não garantir a ampla defesa, contraditório e devido processo legal, assim como o 93, inciso IX, já prequestionados;

h) caso seja diverso o entendimento acima, que seja reforma o acórdão para **afastar a causa de aumento de pena inserta no artigo 226, II, do Código Penal** e, igualmente, afastada o acréscimo de pena do artigo 71, ou, aplicada no máximo em 1/6 sobre a pena, por ausência de comprovação das condições;

i) a reforma da decisão de piso colegiada que agravou sua pena, ante a vedação inserta no artigo 617, do Código de Processo Penal, e 5º, inciso LIV, LV e LVII, da Constituição Federal, já prequestionados, para que lhe seja mantido em liberdade enquanto não houver trânsito em julgado da decisão condenatória (fls. 403-405).

Apresentadas as contrarrazões (fl. 465-479) e admitido o recurso (fls. 505-506), veio o parecer do Ministério Público Federal (fls. 547-553), que opinou pelo não provimento do recurso.

Decido.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade.

I. Nulidades - Súmula n. 284 do STF

Acerca das nulidades atinentes à ausência de defesa técnica e de ausência de motivação nas decisões proferidas pelas instâncias de origem, sem a suposta análise das teses postas nas alegações finais, entendo, primeiramente que a defesa,



nas razões do recurso especial, limitou-se a afirmar que "o acórdão objeto deste recurso reconheceu a ausência de defesa com base na ausência de tese defensiva e, posteriormente, que as teses defensivas foram apresentadas somente após a constituição deste causídico em sede dos embargos de declaração" (fl. 362).

Ainda, cingiu-se a pontuar que "o acórdão que não houve fundamentação da condenação apenas em elementos consubstanciados no inquérito policial, mas com a ratificação dos depoimentos das supostas vítimas em juízo (fl. 365).

Em adendo a essa argumentação genérica transcreveu os respectivos trechos do acórdão recorrido, os quais, supostamente, comprovam as teses aventadas.

Diante dessas considerações, entendo que, além de o tema demandar aprofundado reexame de prova, entendo que, apesar de haver a defesa indicado os dispositivos legais supostamente violado, os arts. 155, *caput*, e 261, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal, arts. 3º, 381 e 382, todos do CPP e 1.022 do CPC, entendo não haver sido aplicada a tese desenvolvida ao caso concreto. Vale dizer, a defesa apontou a teoria que envolve a eventual contrariedade dos dispositivos, sem, no entanto, evidenciar em que medida o reconhecimento feito neste caso concreto seria nulo, nos termos da retórica desenvolvida.

Logo, reputo cabível a incidência da Súmula n. 284 do STF. Com efeito: "É deficiente a fundamentação recursal quando o preceito legal invocado não contém comando normativo suficiente para amparar a tese desenvolvida nas razões do recurso especial. Aplicação da Súmula n. 284 do STF" (AgRg no AREsp 996.041/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018).

Ainda que assim não fosse, o Tribunal local assim se pronunciou acerca das nulidades:

[...]

I - Em primeiro momento, alega que ocorreu o cerceamento de defesa porquanto a denúncia foi recebida antes mesmo da intimação do apelante para apresentar a "defesa preliminar",

inexistindo manifestação do juiz quanto à tese de desclassificação, aventada pela Defensoria Pública na resposta à acusação.

De início ressalto que, ao crime imputado ao apelante, impõe-se o rito comum ordinário do processo penal, inexistindo a necessidade de notificação e defesa preliminar antes de ser deliberado o recebimento da denúncia, tal como ocorre no processamento dos crimes do Título II, Capítulo II, do CPP e da Lei 11.343/2006.

O que se vê nos autos é a obediência estrita ao rito do processo comum, estabelecido nos arts. 396 e 399, uma vez que, após apresentada a denúncia pelo Ministério Público, esta foi recebida (fl. 48) e determinada a citação do apelante, que ocorreu em 30/08/2016 (fl. 58), foi apresentada resposta à acusação (fl. 52) na qual não foi alegada nenhuma tese e então foi saneado o processo (art. 399), designando-se audiência de instrução e julgamento.

Em outro apontamento, argúi a defesa que a sentença não se manifestou sobre o pedido de desclassificação apresentado pela Defensoria Pública, todavia, compreendo que tal manifestação é desnecessária, pois a partir do momento que o magistrado compreende provada a materialidade do delito do art.

217-A, a consequência lógica é a rejeição da tese desclassificatória.

II - Em outro ponto, a defesa alega que a sentença não tem fundamentação suficiente, o que representaria violação ao art. 93. IX, da Constituição, **todavia esta garantia constitucional não pode ser confundida com prolixidade de argumentos**, inexistindo a obrigatoriedade do julgador de se pronunciar sobre cada tese defensiva. Nesse sentido: STJ - HC 370.708/SP, Rel. Mina. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julg. 06/10/2016, DJe 21/10/2016.

Prossegue afirmando que a sentença possui vários traços de "modelos padronizados", contudo não os observo nos autos, existindo suficiente individualização da demanda e seus fundamentos.

III - Em terceiro momento, a defesa afirma que a sentença aderiu aos argumentos expostos pelo Ministério Público nas alegações finais sem fundamentar esta escolha, bem como que violou-se a cláusula pétrea da plenitude de defesa porque a totalidade das provas não teria sido analisada.

Quanto à alegada plenitude de defesa, compreendo que é uma garantia aplicável apenas aos procedimentos do Júri, no qual por se tratar de julgamento por pessoas comuns, podem ser utilizados fundamentos além dos jurídicos, tais como sociológicos, políticos, religiosos, morais etc, entretanto, ao Juiz é atribuída como tarefa precípua a interpretação e aplicação da Lei.

Desnecessário ainda manifestação expressa na sentença sobre cada prova colhida no decorrer da instrução, tendo em vista que é até corriqueiro a existência de provas que em nada contribuem para o deslinde da ação penal, tais como depoimentos abonatórios, cabendo ao magistrado filtrá-las e mencionar apenas aquelas que subsidiaram sua decisão. Exigir a análise pormenorizada de cada prova comprometeria a efetivação do princípio da celeridade processual, tão aclamado no



meio jurídico.

IV - Prossegue a defesa afirmando que a condenação baseou-se exclusivamente em elementos do inquérito policial, em clara violação ao art. 155 do CPP, **contudo o que se vê nos autos é a mera referência às provas colhidas na fase policial e que foram ratificadas em Juízo.** Além do mais, vejo como desnecessário o apontamento ao exame de corpo de delito, porquanto os fatos atribuídos ao apelante não se trataram de conjunção carnal e são delitos transeuntes, impossíveis de serem constatados pela prova técnica.

Entendo ainda que a **menção ao relatório psicossocial como "laudo" tratou-se de mera questão de nomenclatura, em nada influenciando o poder probatório daquele documento, que não foi determinante para a condenação, servindo apenas para corroborar a palavra das vítimas prestada em juízo.**

V - Afirma ainda que o relatório da assistente social contém vícios insanáveis, todavia, conforme a própria nomenclatura daquele documento diz, trata-se de mero relatório, que conclui apenas pela recomendação de atendimento psicológico das crianças e respectivos pais.

VI - Alega a defesa que, na dosimetria da pena, foi suprimida a fase que chama de "pena provisória", que nada mais é do que a segunda fase, na qual são avaliadas as atenuantes e agravantes e, diante da inexistência destas, remeteu-se imediatamente à terceira fase. Outra reclamação é pela inexistência da análise individualizada da dosimetria dos dois crimes, o que também é desnecessário, pois as circunstâncias judiciais de ambos é idêntica, tratando-se ambos os procedimentos da dosimetria de mera técnica judicial que não representa nulidade.

[...]

Somente após esta sentença **o apelante constituiu os advogados que agora o representam e então estes apresentaram às fls. 101/109 embargos de declaração suscitando a nulidade de incompetência do 2º Juizado da Infância e Juventude, afirmando que a sentença foi omissa na análise das alegações finais por não confrontar corretamente a prova.** Questionou ainda a aplicação da causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal e a valoração da palavra das vítimas.

Respondendo a estes embargos, o juiz de primeiro grau os julgou, afastando a preliminar de incompetência, deixando de manifestar-se sobre os temas de mérito e mantendo a causa especial de aumento (fls. 112/113). (Irresignada, a defesa apresentou novos embargos (fls. 114/132), **reiterando de forma mais aprofundada as mesmas teses já apresentadas nos primeiros embargos, motivo pelo qual o juiz de origem deixou de analisá-los e determinou a remessa dos autos a esta instância para apreciação do recurso de apelação.**

O que se observa nos autos é que a defesa particular, constituída após a sentença, apresentou uma série de teses não aventadas pela Defensoria Pública, incrementando aquilo que já fora apresentado nas alegações finais, contudo, naquilo que poderia se manifestar em sede de embargos de declaração, o juiz de origem confrontou suficientemente os argumentos da defesa, **inexistindo a nulidade**

de ausência de prestação jurisdicional na sentença, pois analisou corretamente as alegações finais da Defensoria, não podendo aquele juiz criar, de ofício, teses a serem enfrentadas. Dito isto, rejeito a preliminar, submetendo aos demais julgadores (fls. 291-294, grifei).

Apesar dos esforços perpetrados pela defesa faço lembrar que, nos termos do entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu" (**Súmula n. 523 do STF**). Logo, diante das considerações já feitas, e conforme se verá, reputo ausente a demonstração de prejuízo, dada a efetiva apresentação de defesa prévia, alegações finais e demais atos do processo.

Ilustrativamente:

[...]

2. Encontrando-se o réu foragido, em lugar incerto e não sabido, correta a determinação da citação editalícia. Contudo, a constituição de advogado, mediante procuração nos autos, configura comparecimento espontâneo do acusado, suprindo eventual falta ou nulidade da citação (Precedentes).

3. De acordo com o art. 571, II, do Código de Processo Penal, nos processos de competência do Juiz singular, as nulidades ocorridas durante a instrução processual devem ser arguidas, em preliminar, nas alegações finais, sob pena de preclusão. In casu, a nulidade da citação só foi levantada em preliminar de apelação criminal, portanto fora do momento oportuno.

4. Habeas corpus não conhecido.

(**HC n. 293.320/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 1º/12/2014)

[...]

2. *In casu*, inexistente manifesta ilegalidade a ser reconhecida, sobretudo porque a nulidade com relação à citação não foi arguida em momento oportuno.

3. Transcorrido o prazo recursal para impugnar o julgamento do recurso em sentido estrito, bem assim, sobrevindo o julgamento do Conselho de Sentença, não se mostra possível reconduzir discussão acerca de nulidades pretéritas.

4. Segundo reiterado entendimento jurisprudencial albergado na Súmula 523 do STF, a alegada deficiência de defesa técnica, para o fim de anular o processo, deve demonstrar o efetivo prejuízo, o que, na espécie, não se comprova.

5. Habeas corpus não conhecido.



(HC n. 345.732/GO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 31/3/2016)

Na esteira desse pensamento, **suposta inobservância pelo Magistrado sentenciante de minúcia fática posta nas alegações finais não deve ensejar a decretação automática de nulidade**, pois a solução de cada processo se faz artesanalmente e as nulidades devem ser alegadas no momento oportuno, com a **imprescindível demonstração de prejuízo da parte**, não se invalidando ato processual que tenha atingido a sua finalidade. Na lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, hoje em dia "se dá mais valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal" (As nulidades no processo penal. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 27).

Com efeito, entendo que não há falar em ausência de defesa técnica, haja vista que, conforme se depreende dos autos, o paciente foi assistido por advogado (no caso, a Defensoria), que o acompanhou em todos os atos defensivos até o final da instrução processual, e, ao que se percebe, portou-se de forma suficientemente cuidadosa.

A propósito, **"a própria atuação plena da defesa técnica, intervindo em toda ação penal [...], afasta a ideia inicial de prejuízo**, nos termos do art. 570 do CPP." (HC n. 311.533/MA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., 16/4/2015, destaquei).

Ainda, consoante entendimento deste Superior Tribunal, **"A posterior discordância em relação à profundidade das teses defensivas então apresentadas, ou em relação às estratégias adotadas pelos profissionais então constituídos, não tem o condão de macular de nulidade o ato, uma vez que o réu não pode ser considerado indefeso."** (RHC n. 41.517/PI, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., 18/6/2015, grifei).

Assim, não identifico nenhum indício de nulidade em relação à aventada ausência ou deficiência de defesa técnica a justificar a concessão da ordem quanto a essa matéria.

Ademais, destaco não haver irregularidade no édito condenatório que utilizou, como elementos de prova, o depoimento da vítima, os depoimentos das demais testemunhas e os laudos (psicológico, psicossocial e de exame de corpo de delito), notadamente quando essas provas foram produzidas na fase processual, em que há respeito ao contraditório. Esse é o entendimento predominante neste Superior Tribunal. Nesse sentido:

[...]

2. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos.

3. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e materialidade e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 211.203/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 3/11/2015)

Quanto ao sistema de valoração das provas, certo é que, no processo penal brasileiro, em consequência do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

Ao concluir pela condenação do recorrente, a instância de origem salientou que o conjunto probatório, notadamente o relato da vítima, confirmado pelo das testemunhas, bem como pelos laudos produzidos, infirma a autodefesa apresentada pelo réu, **de modo a não deixar nenhuma dúvida de que ele realmente foi o autor do delito sob apuração.**

Dessa forma, justamente porque verificado que o Tribunal local, ao concluir pela autoria do recorrente no cometimento do delito em questão, sopesou as provas colhidas e os depoimentos obtidos em juízo, não há como se proclamar a absolvição do recorrente, como pretendido.

[...]

2. O Tribunal estadual manteve a condenação do agravante utilizando provas colhidas nas fases inquisitorial e judicial, inexistindo ofensa ao art. 155 do Código de Processo Penal.

3. Para afastar a conclusão do acórdão recorrido e entender pela insuficiência de provas, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório, providência descabida em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 865.902/GO, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 7/6/2016, destaquei).

[...]

- Perquirir sobre a existência de provas suficientes para a condenação implica a incursão nos elementos fático-probatórios da lide, providência inadmissível na via do recurso especial.

Súmula n. 7/STJ.

- O art. 155 do Código de Processo Penal permite que elementos colhidos na fase inquisitorial possam servir de fundamento à condenação, desde que em harmonia com o conteúdo produzido em juízo.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 651.663/MG, Rel. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP, 6ª T., DJe 7/5/2015, destaquei).

Ainda, reafirmo que a jurisprudência desta Corte Superior entende que: "**Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância**, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos" (HC n. 227.449/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 7/5/2015, destaquei).

Há de salientar que mais incursões na dosagem das provas constantes



dos autos para concluir sobre a viabilidade ou não da condenação do recorrente é questão que esbarra na própria apreciação de possível inocência, matéria que não pode ser dirimida em recurso especial, a teor do enunciado na Súmula n. 7 do STJ, porquanto exige o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução probatória, conforme também assinalado nos precedentes retro citados.

II. Incompetência do Juizado da Infância e da Juventude

Sobre o tema, assim consignou o Tribunal local:

Este processo tramitou desde seu nascimento junto ao 2º Juizado da Infância, cuja competência, definida pela Resolução n. 004/2011 deste Tribunal, é atribuída a este juízo para processar e julgar os crimes praticados contra crianças e adolescentes.

A defesa traz aos autos um acórdão paradigma da Sexta Turma do STJ (HC 216.112 -RS) que reconheceu a nulidade de processo análogo, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, tal como ocorreu neste Tribunal, aprovou resolução atribuindo ao Juizado da Infância e Juventude a competência para processar e julgar os crimes praticados contra crianças e adolescentes.

De fato, aquele julgado anulou a sentença, acolhendo o fundamento apontado pela defesa, que é semelhante ao indicado nas razões de recurso, contudo **este entendimento está superado, porquanto o STF, julgando a constitucionalidade da mesma norma do TJRS, entendeu que os Tribunais de Justiça podem atribuir a competência para o julgamento de crimes sexuais contra crianças e adolescentes ao juízo da Vara da Infância e Juventude, por agregação, ou a qualquer outro juízo que entender adequado, dentro dos limites da auto - organização e divisão judiciária.**

[...]

O próprio STJ já reviu seu posicionamento entendendo possível atribuir esta competência aos Juizados da Infância e da Juventude (fls. 294-295, grifei)

Segundo o disposto no art. 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "Os estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua



proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões".

Por ocasião do julgamento do **HC n. 113.102/RS**, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, embora não tenha, explicitamente, enfrentado a discussão que aqui é trazida (a qual se limita à violação do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, de forma taxativa, elenca a competência da Justiça da Infância e da Juventude), sinalizou, de maneira implícita, que não haveria óbice a que o tribunal pudesse atribuir às varas especializadas e exclusivas da Infância e da Juventude competência fora das hipóteses definidas no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No referido precedente, discutiu-se a competência da Vara do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre – RS para julgar delito praticado contra criança ou adolescente, tendo a Corte Suprema afirmado que "A Lei nº 12.913/2008, do Estado do Rio Grande do Sul, teria previsto a divisão de atribuições, inclusive adicionais, considerados os juizados da infância e juventude e crimes sexuais em que figurem como vítimas crianças e adolescentes, ressalvada a competência do juizado especial", tendo salientado que "Consoante dispõe o artigo 145 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, os Estados e o Distrito Federal podem criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude".

Com essas considerações, denegou a ordem e, conseqüentemente, **mantve a competência da 1ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre – RS** para processar e julgar o feito, em que se atribuiu ao acusado a suposta prática do crime previsto no art. 214, c/c os arts. 224, "a", 226, II, e 61, II, "f", todos do Código Penal, condutas praticadas por diversas vezes contra as duas filhas.

O referido julgado foi conduzido por voto sucinto, *in verbis*:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O indeferimento da liminar não implicou ilegalidade. Discute-se, na

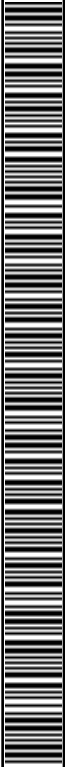


espécie, a competência de Vara do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre/RS para julgar delito praticado contra criança ou adolescente. A Lei nº 12.913/2008, do Estado do Rio Grande do Sul, teria previsto a divisão de atribuições, inclusive adicionais, considerados os juizados da infância e juventude e crimes sexuais em que figurem como vítimas crianças e adolescentes, ressalvada a competência do juizado especial. Consoante dispõe o artigo 145 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, os Estados e o Distrito Federal podem criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude. Indefiro a ordem.

No mesmo sentido, ao julgar o HC n. 113.018/RS (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª T., DJe 14/11/2013), o Supremo Tribunal Federal assentou que "A lei estadual apontada como inconstitucional conferiu ao Conselho da Magistratura poderes para atribuir aos 1º e 2º Juizados da Infância e Juventude, entre outras competências, a de processar e julgar crimes de natureza sexuais praticados contra crianças e adolescentes, nos exatos limites da atribuição que a Carta Magna confere aos Tribunais" (grifei).

Também em caso mais recente, o Supremo Tribunal Federal, novamente, entendeu pela possibilidade de fixação, por edital do Conselho da Magistratura e por lei estadual, de competência da Vara da Infância e da Juventude para julgar crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes. A propósito, transcrevo a ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 287 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO AGRAVO INTERPOSTO. PRECEDENTES. DELITOS SEXUAIS PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FIXAÇÃO, POR EDITAL DO CONSELHO DA MAGISTRATURA E POR LEI ESTADUAL, DE COMPETÊNCIA DA VARA DE INFÂNCIA E DA JUVENTUDE PARA JULGAR CRIMES CONTRA MENOR: POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(AgRg no RE n. 830.851/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 2ª T., DJe 15/10/2014).



Em sessão de julgamento realizada em 12/2/2015, esta colenda Sexta Turma concluiu que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, não haveria razões para adotar tese contrária ao assentado nas duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, de ser possível atribuir à Justiça da Infância e Juventude, entre outras competências, a de processar e julgar crimes de natureza sexuais praticados contra crianças e adolescentes.

No mesmo sentido, o recente julgamento:

[...]

VULNERÁVEL. COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL DE HAMBURGO QUE JULGOU O PACIENTE, ORA AGRAVANTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. ‘A jurisprudência desta eg. Corte Superior passou a acompanhar o entendimento do col. Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir que os Tribunais de Justiça atribuam competência para o julgamento de crimes contra crianças e adolescentes aos Juizados da Infância e Juventude’ (HC 398.535/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 30/11/2017).

2. Todavia, no Estado do Rio Grande do Sul, somente na Capital, entre os anos de 2008 e 2013, os crimes sexuais praticados contra criança ou adolescente deviam ser julgados pela Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, sendo que nas demais comarcas a competência sempre foi das Varas Criminais, em consonância com a Lei Estadual n. 12.913/2008, Edital n. 58 do Conselho da Magistratura e Resolução n. 943/2013 do Conselho da Magistratura.

3. Recurso desprovido”. É contra esse acórdão que se insurge o recorrente. Registra, inicialmente, que a “Lei Estadual nº 12.913/08 (doc. 3) e o Edital 058/2008-COMAG (doc. 4) ampliaram a competência da Vara da Infância e da Juventude no Estado do Rio Grande do Sul (RHC n. 171.448/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 30/5/2019).

Nesse contexto, ao julgar o **REsp n. 1.498.662/RS**, de minha relatoria, afastou a alegada incompetência absoluta do Juizado Especial da Infância e da Juventude para processar e julgar casos como o presente. Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO CONTRA ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA. JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE VERSUS VARA CRIMINAL. ART. 148 DO ECA. AMPLIAÇÃO POR LEI ESTADUAL. POSSIBILIDADE.



RECURSO PROVIDO.

1. Consoante o disposto no art. 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os estados e o Distrito Federal podem criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude.

2. A Lei n. 12.913/2008, do Estado do Rio Grande do Sul, conferiu ao Conselho da Magistratura de, excepcionalmente, atribuir aos Juizados da Infância e da Juventude, entre outras competências, a de processar e julgar crimes de natureza sexuais em que figurem como vítimas crianças ou adolescentes, ressalvada a competência do Juizado Especial Criminal, nos limites da atribuição que a Constituição Federal confere aos Tribunais (art. 96, I, "a").

3. Embora haja precedentes deste Superior Tribunal em sentido contrário, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, e ressaltando meu posicionamento, é de seguir-se o entendimento assentado nas duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser possível atribuir à Justiça da Infância e Juventude, entre outras competências, a de processar e julgar crimes de natureza sexuais praticados contra crianças e adolescentes.

4. Recurso especial provido para reconhecer a competência do Juizado da Infância e da Juventude para processar o julgar o feito, com o consequente restabelecimento da sentença que condenou o recorrido pela prática do crime previsto no art. 213, § 1º, segunda parte, do Código Penal, inclusive com a exasperação da pena procedida em segundo grau, por ocasião do julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público.

(**REsp n. 1.498.662/RS**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 26/6/2015, grifei.)

Por fim, os recentes julgados desta Corte Superior:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGADA NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ART. 96, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS. ESTABELECIMENTO DE COMPETÊNCIA E FUNCIONAMENTO POR LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. ART. 74 DO CPP. ROL DO ART. 148 DO ECA. EXEMPLIFICATIVO. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. O art. 96, I, a, da Constituição Federal confere aos Tribunais



competência privativa de auto-organização, prerrogativa própria de iniciativa para dispor sobre funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos.

3. No âmbito infraconstitucional, o art. 74 do Código de Processo Penal dispõe que "A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri".

4. A natureza de norma de organização judiciária é extraída da previsão normativa fixada no art. 145 do ECA quanto à possibilidade de os "estados e o Distrito Federal (...) criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões."

5. No caso, em observância às prerrogativas determinadas e nos estreitos limites legais, o Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Lei n. 9.896/1993, alterada pela Lei n. 12.913/2008, conferiu ao Conselho da Magistratura a possibilidade de atribuição aos Juizados da Infância e da Juventude de processar e julgar crimes de natureza sexual contra crianças ou adolescentes, não havendo que se reconhecer qualquer eiva processual.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 303.459/RS, relator Ministro **Ribeiro Dantas**, Quinta Turma, julgado em 3/8/2017, DJe de 14/8/2017.)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. CRIME SEXUAL CONTRA VULNERÁVEL. LEI ESTADUAL N. 12.913/2008. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ART. 148 DO LEI N. 8.069/1990. COMPETÊNCIA. RECONHECIMENTO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR.

1. Este Tribunal Superior, ao perfilhar orientação emanada das Turmas do Supremo Tribunal Federal, tem reconhecido ser possível a norma estadual atribuir competência à Vara do Juizado da Infância e Juventude para julgar crimes de natureza sexual praticados contra crianças e adolescentes (Lei estadual n. 12.913/2008). Ressalvado o entendimento do Relator.

2. Desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, na forma pretendida pelo recorrente, sob o fundamento de ausência de provas para condenação, implica necessariamente incursão no conjunto probatório dos autos, revelando-se inadequada a análise da pretensão recursal, em função do óbice da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.465.945/RS, relator Ministro **Sebastião Reis Júnior**, Sexta Turma, julgado em 5/5/2015, DJe de 5/10/2015, grifei.)



Por todas essas razões, entendo que deve ser mantida a competência do Juizado Especial da Infância e da Juventude para processar e julgar o feito, em que se atribui ao recorrente a suposta prática dos crimes de estupro de vulnerável.

III. Incidência causa de aumento do art. 226, II, do CP

A Corte local assim confirmou a incidência da referida causa de aumento:

Em tese alternativa, a defesa busca afastar a aplicação da causa de aumento de pena descrita no art. 226, II, do Código Penal, assinalando que o apelante não encontra-se elencado no rol daquele inciso e que não exerce, da forma como exigido pela Lei, alguma autoridade sobre as vítimas.

Em que pese a irresignação da defesa neste ponto, ficou claro que o réu representava naquela estrutura familiar a figura do avô, porquanto convive com a avó das vítimas há mais de 25 (vinte e cinco) anos e era assim tratado por elas.

Cito adiante julgado de caso semelhante ocorrido no TJ/RS:
[...]

Irrelevante ainda a inexistência de certidão de casamento a comprovar o laço matrimonial entre o apelante e a avó das vítimas, porquanto é muito comum a existência de relacionamentos duradouros sem a realização de maiores formalidades. Tal circunstância se tornou fato incontroverso nos autos ante a afirmativa unânime em todos os depoimentos quanto a esta qualidade do acusado.

Inafastável, portanto, a causa de aumento de pena (fls. 298-299, destaquei).

O art. 226, II, do CP prevê o recrudescimento da reprimenda se o crime sexual é cometido pelo parente em desfavor do menor, tal qual reconhecido pelas instâncias antecedentes na espécie.

De acordo com o trecho acima transcrito, o Tribunal *a quo* concluiu, pela análise das provas dos autos, que ficaram devidamente comprovados a relação de confiança e o vínculo de autoridade que o agressor mantinha com a vítima. Para se infirmar tal conclusão é necessário imiscuir-se no exame do acervo probatório, o que é vedado por força da Súmula n. 7 do STJ.



Ilustrativamente:

[...]

DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. RELAÇÃO DE PARENTESCO AFETIVO COMPROVADO. SÚMULA 83/STJ. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias concluíram que o acusado prevaleceu-se da relação doméstica, derivada do fato de ser casado com a avó da vítima.

2. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a majorante prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal deve incidir sempre que restar demonstrada a relação de autoridade entre a vítima e o acusado.

3. Ademais, o afastamento da exasperação depende de nova incursão no conjunto probatório, de modo a alterar as premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias antecedentes. Tal providência, contudo, não é cabível nos estreitos limites do recurso especial, a teor do **enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.**

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.581.633/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 26/10/2018)

IV. Fração pela continuidade delitiva

No tocante à fração pela continuidade delitiva, assim ponderou o Tribunal de origem:

Em último pedido, a defesa requer o afastamento do acréscimo da pena em decorrência da continuidade delitiva ou que seja aplicada na fração de 1/6 (um sexto).

Sobre este ponto, destaco que as vítimas disseram em juízo que os fatos ocorreram por **incontáveis vezes, não podendo elas sequer precisarem um número aproximado de abusos.**

[...]

Na dosimetria da pena, a magistrada de primeiro grau fundamentou a ficção jurídica do seguinte modo:

[...] Segundo, há a causa de aumento do art. 71, em vista da repetição de tipo penal perpetrada pelo infrator sobre as mesmas vítimas.

Assim, entendo justo e razoável a aplicação de 2/3 (dois

terços), afinal foram ao menos 5 (cinco) anos de prática abusiva em uma vítima e reiteração em desfavor de outra, sem a precisão do quantitativo.. [...]

Como visto, o juiz a quo elevou a pena em 2/3 (dois terços) em razão do crime narrado no primeiro fato ter se protraído no tempo **por aproximadamente 05 (cinco) anos**, aumento que considero justo ante o extenso lapso temporal decorrido e inestimável quantidade de abusos, conforme posicionamento do STJ:

Cumpra lembrar que, quanto à continuidade delitiva, conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal, para a caracterização do instituto do **art. 71 do Código Penal**, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos. Vale dizer, adotou-se, no sistema jurídico-penal brasileiro, a Teoria Mista ou Objetivo-Subjetiva.

Deixo registrado que as circunstâncias fáticas do crime foram descritas no acórdão estadual, de modo que não há necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplique o direito ao caso.

Ficou concluído, ainda, que os delitos foram perpetrados com unidade de desígnio, elemento que demonstra o preenchimento do requisito subjetivo, indispensável ao reconhecimento da continuidade delitiva. Além disso, a reiteração da conduta nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução caracteriza a continuidade e justifica a exasperação da pena nesses moldes. No mesmo sentido:

[...]

1. Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva).

[...]

5. Agravo regimental improvido.



(AgRg no HC n. 217.753/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 18/12/2013, destaquei.)

Em relação 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, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

A título de exemplo, menciono o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (POR QUATRO VEZES). DOSIMETRIA. CRITÉRIO PARA AUMENTO DA PENA EM FACE DA CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 71). NÚMERO DE INFRAÇÕES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

02. "Em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações" (HC 258.328/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/02/2015; HC 273.262/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 06/11/2014).

À luz da jurisprudência e da premissa de que "o réu praticou o crime em questão por quatro vezes" - fato reconhecido na sentença -, as sanções impostas devem ser redimensionadas.

03. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

(HC n. 195.872/RJ, Rel. Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) 5ª T., DJe 27/5/2015, destaquei).

No caso dos autos, conforme tudo devidamente confirmado pelas instâncias de origem, dúvidas não há de que se distanciaram para até mais de sete o



número de vezes em que o recorrido molestou as vítimas, diante da exposição de frequência com que as investidas ocorriam. Em casos como este não pode a dúvida acerca da quantidade de ações levar ao aumento da pena no patamar mínimo, ou inferior ao devido; não é razoável nem proporcional. Isso significa que **o julgador está, até mesmo, autorizado a majorar a reprimenda até na fração máxima pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar inconteste que os abusos faziam parte da rotina familiar, o que não é raro.**

Nesse sentido:

[...]

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 inconteste que os abusos de natureza sexual faziam parte da rotina familiar, como no caso.

4. Na espécie, ficou incontroverso, pela moldura fática exposta, que se 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 n. 1.582.601/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 2/5/2016, destaqui).

V. Divergência jurisprudencial - não comprovação

Quanto à suposta divergência jurisprudencial, também não prospera a irresignação. Conforme disposição dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, quando o recurso interposto estiver fundado em dissídio pretoriano, deve a parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência, bem como realizar o devido cotejo analítico,



demonstrando de forma clara e objetiva suposta incompatibilidade de entendimentos e similitude fática entre as demandas, o que não ocorreu na hipótese. Dessa forma, torna-se inviável conhecer do recurso pela alínea "c" do art. 105, III, da Constituição Federal.

Ilustrativamente:

[...] É inviável o recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional quando não realizado o cotejo analítico e não comprovada a similitude fática entre os arestos trazidos à colação, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não sendo suficiente para tal desiderato a mera transcrição de ementas. (AgRg nos EDcl no Ag n. 1.407.361/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada), 5ª T., DJe 30/8/2013)

[...] Não houve o cotejo analítico entre o aresto impugnado e os acórdãos tidos por divergentes, providência necessária, para a demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, de acordo com o art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RISTJ. (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.370.112/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 8/8/2013).

VI. Dispositivos constitucionais

Sobre as diversas violações a artigos da Constituição Federal, destaco que não compete ao STJ analisar suposta ofensa a dispositivos constitucionais, mesmo com a finalidade de prequestionamento, a teor do art. 102, III, da CF.

Nesse sentido:

[...]

II - A pretensão de re julgamento da causa, na via estreita dos declaratórios, mostra-se inadequada.

III - Não compete a esta Corte Superior a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, ex vi art. 102, III, da Constituição da República.

IV - Embargos de Declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp n. 28.368/RJ, Rel. Ministra. Regina Helena Costa, 5ª T., DJe 18/6/2014)



VII. Execução imediata da pena

O Tribunal de origem determinou o imediato cumprimento provisória da pena imposta após o esgotamento da jurisdição ordinária:

O plenário do STF, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP (Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 17/05/2016), firmou o entendimento de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal".

Esse entendimento foi novamente colocado em votação, em 05/10/2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44 e foi confirmado pela maioria dos ministros.

Embora tal decisão não seja dotada de efeito vinculante, no julgamento do ARE 964246 RG / SP (Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 24/11/2016) o plenário virtual do STF reconheceu a repercussão geral do tema e no mesmo julgamento reafirmou a jurisprudência do HC 126.292/SP. **Logo, por força da repercussão geral, a tese assentada é de aplicação compulsória quando exauridos os recursos nas instâncias ordinárias, entendimento que já é compartilhado também pelo STJ (HC 385295 / RS Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; HC 382995 / RS Rela. Maria Thereza de Assis Moura)** Com estas considerações, determino a expedição do mandado de prisão em desfavor do réu após esgotados os recursos neste Tribunal e, efetuada a prisão, seja expedida a Guia de Execução Provisória da Pena (fls. 300-301, grifei).

A partir da conclusão do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena. O art. 283 do CPP está em conformidade com a garantia prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

A decisão proferida em ação declaratória tem eficácia contra todos e efeito vinculante, inclusive em relação aos órgãos do Poder Judiciário. Desde



7/11/2019, no estado de coisas atual, não se pode dar início à execução após o exaurimento da jurisdição ordinária.

Entretanto, permanece a possibilidade de prisão *ante tempus*, por ato judicial motivado, mediante indicação concreta de razões fáticas e jurídicas que a justifiquem, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal, o que não ocorreu nos autos.

Na hipótese, também deve ser reformado o acórdão recorrido na parte em que determinou a execução antecipada da pena.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. EXECUÇÃO IMEDIATA DAS PENAS RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, nas ADCs n. 43, 44 e 54, decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena. Assim, não se pode mais executar antecipadamente as reprimendas restritivas de direitos impostas em condenação penal, confirmada pelo Tribunal, até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.806.472/RS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 4/6/2020.)

VIII. Dispositivo

À vista do exposto, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento, tão somente para afastar a execução antecipada da pena.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator

Documento eletrônico juntado ao processo em 09/02/2023 às 17:50:01 pelo usuário: SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS

