



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.294.129 - AL (2011/0285644-7)

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**AGRAVANTE** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : B A D A S  
**ADVOGADO** : JOÃO FIORILLO DE SOUZA - DEFENSOR PÚBLICO E  
OUTROS

### EMENTA

ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA. PENA BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS E COMPORTAMENTO DAS VÍTIMAS. DESFAVORABILIDADE RESPALDADA EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO E NA NEUTRALIDADE DOS ATOS DAS OFENDIDAS. ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA QUANTO À CULPABILIDADE E AOS MOTIVOS DO CRIME. FRAÇÃO DE AUMENTO. REDUÇÃO.

1. É ilegal a valoração negativa das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal com espeque em elementos inerentes ao próprio tipo penal infringido e em dados genéricos.

2. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

3. Não constitui fundamento idôneo a respaldar a desfavorabilidade quanto aos motivos do crime, a satisfação da lascívia do agente, eis que inerente à própria tipificação dos delitos sexuais.

4. O comportamento da vítima valorado como neutro não pode subsidiar a exasperação da pena base.

5. Em se tratando de continuidade delitiva específica o *quantum* de aumento deve levar em consideração, além do número de infrações praticadas, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e circunstâncias delitivas.

6. *In casu*, afastando-se a desfavorabilidade quanto à culpabilidade e aos motivos da infração e, restando negativamente valorada apenas as circunstâncias do crime, torna-se de rigor a diminuição da fração pelo delito continuado para 2/3 (dois terços), restando a sanção do Agravado definitiva em 17 (dezessete) anos, 8 (oito) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2013. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.294.129 - AL (2011/0285644-7)**

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : B A D A S  
ADVOGADO : JOÃO FIORILLO DE SOUZA - DEFENSOR PÚBLICO E  
OUTROS

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática de fls. 390/400 que deu provimento ao reclamo especial defensivo para redimensionar a pena do Agravado para 17 (dezessete) anos, 8 (oito) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Sustenta que deveriam ser consideradas desfavoráveis ao agente as circunstâncias atinentes aos motivos e aos comportamentos das vítimas, por ter perpetrado a infração durante anos contra suas filhas, bem como que as razões que o levaram ao cometimento do delito e o tempo de sua duração demonstrariam que a duplicação do aumento pela continuidade delitiva se mostrava proporcional.

Requer a reconsideração do *decisum* monocrático ou que seja o feito remetido à apreciação da Turma.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.294.129 - AL (2011/0285644-7)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Em que pese as razões expendidas pelo Agravante, deve a decisão impugnada ser mantida por seus próprios fundamentos.

Para o exame da dosimetria da pena imposta ao agravado, trago à baila a manifestação exarada pelo Juiz de Primeiro Grau quando da fixação de sua sanção base, *in verbis*:

*"DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUANTO AO CRIME DE ESTUPRO COMETIDO EM FACE DE J S D S. A culpabilidade do réu se revela em grau intenso, vez que tinha plena consciência da ilicitude do fato e, apesar da resistência da vítima, insistiu na prática da conduta delituosa.*

*O acusado não possui antecedentes criminais.*

*A personalidade do agente não pode ser aquilatada pelos elementos existentes nos autos.*

*A sua conduta social, segundo o relatado pelas testemunhas, encontra-se demonstrada de forma favorável.*

*As circunstâncias do crime denotam a ousadia e a desfaçatez do acusado, o qual perpetrou o ilícito, valendo-se, algumas vezes, da ausência da genitora da vítima de sua residência, e outras, do repouso noturno, evidenciando frieza em seu modo de agir e falta de amor para com as filhas.*

*As consequências do delito foram bastante graves, uma vez que, consoante relatado pela vítima, foram-lhe causados vários traumas psicológicos, culminando, dentre outras situações, em baixo no rendimento escolar e em problemas de relacionamento afetivo.*

*O motivo do crime foi a satisfação de sua lascívia, de seu desejo sexual pervertido, insaciável.*

*O comportamento da vítima não contribuiu para a prática do delito. Tratava-se aliás, de filha do acusado.*

*Examinando as circunstâncias acima e verificando que a maioria lhe são desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias, consequências, motivos do crime e comportamento da vítima) na forma definida no art. 68 do Código Penal, fixo a pena base em 10 anos de reclusão.*

*[...]*

*DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUANTO AO*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR  
COMETIDO EM FACE DE J S DA S.

A culpabilidade do réu se revela em grau intenso, vez que tinha plena consciência da ilicitude do fato e, apesar da resistência da vítima, insistiu na prática da conduta delituosa.

O acusado não possui antecedentes criminais.

A personalidade do agente não pode ser aquilatada pelos elementos existentes nos autos.

A sua conduta social, segundo o relatado pelas testemunhas, encontra-se demonstrada de forma favorável.

As circunstâncias do crime denotam a ousadia e a desfaçatez do acusado, o qual perpetrou o ilícito, valendo-se, algumas vezes, da ausência da genitora da vítima de sua residência, e outras, do repouso noturno, evidenciando frieza em seu modo de agir e falta de amor para com as filhas.

As consequências do delito foram bastante graves, uma vez que, consoante relatado pela vítima, foram-lhe causados vários traumas psicológicos, culminando, dentre outras situações, em baixo no rendimento escolar e em problemas de relacionamento afetivo.

O motivo do crime foi a satisfação de sua lascívia, de seu desejo sexual pervertido, insaciável.

O comportamento da vítima não contribuiu para a prática do delito. Tratava-se aliás, de filha do acusado.

Examinando as circunstâncias acima e verificando que a maioria lhe são desfavoráveis, na forma definida no art. 68 do Código Penal, fixo a pena base em 8 anos de reclusão.

[...]

DA CONTINUIDADE DELITIVA (ARTIGO 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP):

Visualizando, conforme exposto pelo art. 71, parágrafo único, do CP, que os delitos ora perpetrados, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 12.015/09 passaram a ser da mesma espécie, cometidos em face de duas vítimas, de forma dolosa e mediante violência/grave ameaça, imperativa se faz, ao invés de se aplicar a causa de aumento contida no caput do art. 71 do CP, isoladamente, proceder-se à exasperação nos moldes previstos pelo seu parágrafo único.

Assim, considerando-se que a pena mais grave foi infligida em 13 (treze) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e que a elevação será dada em seu dobro, porquanto, das 6 (seis) circunstâncias judiciais a serem observadas, consoante exigido pelo parágrafo único, do art. 71 da Lei Penal, apenas a metade é desfavorável ao réu (culpabilidade, circunstâncias e motivo do crime) chega-se a um total de 26 (vinte e seis) anos e 3 (três) meses de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*reclusão, a qual torno definitiva." (fls. 240/243)*

O Tribunal local, por sua vez, assim se pronunciou, *litteris*:

*"Na primeira fase, o juiz de primeiro grau analisou bem a prova e que em sua maioria são desfavoráveis ao réu, tais como a sua culpabilidade, o motivo, as consequências e circunstâncias do crime, bem como o comportamento da vítima. Assim, andou bem no critério subjetivo, fixando as reprimendas acima do patamar mínimo.*

*Aos crimes praticados contra as vítimas J S da S e J S da S foram fixadas as penas base, respectivamente, em 10 e 8 anos.*

*A culpabilidade surge no Direito Penal como limite à responsabilidade criminal. Apenas será censurado o agente que praticar um injusto penal, por possuir capacidade de querer e de compreender e a possibilidade de agir de forma lícita. A pena aplicada a ele ficará limitada ao grau de sua culpabilidade. No presente caso, o grau de reprovação do apelante foi intenso, uma vez que tinha plena consciência da ilicitude, mesmo assim insistia em abusar sexualmente as próprias filhas.*

*O motivo do crime são os precedentes que levam à conduta criminosa. Com essa avaliação permite ao juiz exasperar ou diminuir a pena base. In casu, o motivo foi próprio do tipo, ou seja, a satisfação da lascívia, do desejo sexual insaciável em desfavor das vítimas.*

*As consequências do crime foram gravíssimas. As vítimas ficaram prejudicadas psicologicamente. J chegou a fazer tratamento na Sociedade Pestalozzi de Maceió e no Posto de Saúde PAM Salgadinho, conforme declarações prestadas pelas próprias vítimas e por sua genitora. Com efeito, foram afetadas no desempenho escolar e nos relacionamentos afetivos.*

*No tocante às circunstâncias do crime, percebe-se que o apelante foi ousado, desrespeitoso com o meio familiar. Aproveitava a ausência de sua esposa (mãe das vítimas) e, muitas vezes, o repouso noturno para abusar sexualmente suas filhas menores.*

*A seguir, o comportamento das vítimas, como bem mencionado na decisão recorrida, em nada contribuiu para a prática do crime, pois as vítimas são filhas do réu.*

*[...]*

*O critério para o aumento de pena pela continuidade delitiva permite uma elasticidade de 1/6 até o triplo. In casu, entendo que a elevação em dobro fora adequada, pois da análise operada pelo magistrado singular das seis circunstâncias judiciais previstas no parágrafo único do art. 71 do CP, três delas se apresentam desfavoráveis*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*(culpabilidade, circunstâncias e motivo do crime), chegando à pena definitiva de 26 (vinte e seis) anos e 3 (três) meses de reclusão.*

*[...]*

*Em decorrência da afirmada continuidade delitiva, entendo razoável a aplicação da causa de aumento ao crime mais grave (estupro de vulnerável), pois o juiz de primeiro grau atendeu os limites na forma do parágrafo único do art. 71 do CP." (fls. 327/328)*

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

No caso, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória e do aresto fustigado, verifica-se que o magistrado singular e a Corte *a quo*, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, consideraram desfavoráveis ao Recorrente **a culpabilidade, as circunstâncias e consequências delitivas, o motivo e o comportamento das vítimas.**

Referente à culpabilidade, a doutrina preceitua que "*deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu*" (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, na hipótese, o Juízo sentenciante e o Tribunal de Origem consideraram que *"o grau de reprovação do apelante foi intenso, uma vez que tinha plena consciência da ilicitude, mesmo assim insistia em abusar sexualmente das próprias filhas (fls. 327), o que não constitui fundamento idôneo a autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, vez que a culpabilidade aferida pelo magistrado foi aquela em sentido estrito - elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida -, e não a no sentido lato, isto é, a reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta criminosa praticada, merecendo reparos o acórdão fustigado neste íterim.*

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado da Sexta Turma deste Sodalício:

[...]

*A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão-somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato.*

*Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no artigo 59 do Código Penal.*

*(HC n.º 107.795/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16-12-2008, DJe 2-3-2009)*

E, da Quinta Turma deste Tribunal Superior:

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 1. CULPABILIDADE. ANÁLISE DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. IMPROPRIEDADE. 2. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. DADO INERENTE AO TIPO PENAL. INADEQUAÇÃO. 3. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. RISCO E CONSEQUÊNCIAS DANOSAS À SAÚDE PÚBLICA. TIPO PENAL QUE TEM COMO BEM JURÍDICO TUTELADO A SAÚDE PÚBLICA. VALORAÇÃO JÁ REALIZADA PELO LEGISLADOR. INVIABILIDADE DE MAIOR APENAMENTO. 4. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANTO A QUATRO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 5. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.**

*1. Mostra-se imprópria a análise do conceito analítico de crime por ocasião da dosimetria da pena, pois a culpabilidade trazida no art. 59 do Código Penal não se confunde com aquela examinada para se aferir a existência ou não do crime. Assim, a circunstância judicial relativa à culpabilidade deve ser valorada levando-se em consideração a maior ou menor reprovabilidade da conduta concretamente praticada, o que não se verificou.*

*2. [...]*

*5. Habeas corpus concedido, em parte, a fim de reduzir a pena do*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*crime descrito no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e o pagamento de 640 (seiscentos e quarenta) dias-multa, mantendo-se, no mais, o acórdão impugnado. (HC n.º 224.181/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 14/8/2012 e DJe 3/9/2012).*

Concernente aos motivos do crime, as instâncias ordinárias novamente se valeram de elementos inerentes ao próprio tipo penal para majorar a pena base - satisfação da lascívia -, devendo a valoração negativa desta circunstância ser afastada sob pena de *bis in idem*.

Neste sentido:

*HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA CONTRA MAIOR DE DOZE ANOS. ALEGAÇÃO DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA APTO AO AFASTAMENTO DO CARÁTER ILÍCITO DO ATO. IMPROCEDÊNCIA. EMPREGO DE COAÇÃO MORAL PELO RÉU. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. COMPROVAÇÃO DE POBREZA DA FAMÍLIA DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCLUSÃO DO CARÁTER HEDIONDO DA INFRAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA DE OFÍCIO.*

*1. [...]*

*8. No caso, a pena-base foi aplicada acima do mínimo legal com fundamento na culpabilidade e nos motivos do crime. Para ambas as*

*circunstâncias, invocaram-se traços do próprio tipo de estupro cometido com violência ficta traduzidos no "desejo de satisfação da libido" e o no fato de a vítima ser menor de quatorze anos.*

*9. Ordem parcialmente concedida para afastar o caráter hediondo da*

*infração. Habeas corpus deferido de ofício para reduzir a pena do paciente de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, para 6 (seis) anos de reclusão, no regime semiaberto. (HC n.º 158359/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 31/8/2010 e DJe 27/9/2010).*

Quanto aos comportamentos das vítimas, o Juízo Sentenciante e a Corte a quo foram categóricos em afirmarem que "o comportamento das vítimas, como bem mencionado na decisão recorrida, em nada contribuiu para a prática do crime, pois as vítimas são filhas do réu" (fl. 328). Contudo, quando da fixação da pena base valoraram negativamente referida circunstância, situação que não se coaduna com julgados deste Sodalício Superior quanto à impossibilidade de se valorar desfavoravelmente ao réu, o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comportamento neutro da vítima.

Neste sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. CONDUTA SOCIAL. PROCESSO EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MORTE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO PRÓPRIO TIPO. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTAR A SANÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

*1. [...]*

*4. O comportamento da vítima tachado como neutro não pode ser valorado como prejudicial ao acusado.*

*5. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir a pena imposta ao paciente, relativamente ao homicídio, a 12 anos de reclusão, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (HC n.º 83066/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 25/8/2009 e DJe 14/9/2009).*

Logo, merece reparos a reprimenda imposta ao agente, ante o afastamento de desfavorabilidade de três das seis circunstâncias judiciais desfavoráveis, restando firmada nos seguintes termos:

- PENA PRIVATIVA EM RELAÇÃO AO CRIME DE ESTUPRO PERPETRADO EM FACE DA VÍTIMA J S DA S: pena base em 8 (oito) anos de reclusão; agravante prevista no art. 61, II, 'f', do Código Penal: aumento de 6 (seis) meses, totalizando 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão; causa de aumento tipificada no art. 226, II, do Diploma Penalista: aumento de 1/4 (um quarto), resultando em 10 (dez) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.
- PENA PRIVATIVA EM RELAÇÃO AO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM RELAÇÃO À VÍTIMA J S DA S: pena base em 7 (sete) anos de reclusão ante a existência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis; agravante tipificada no art. 61, II, 'f', do Diploma Penalista: aumento em 1 (um) ano, restando firmada em 8 (oito) anos de reclusão; incidência da causa de aumento prevista no art. 226, II, do CP: aumento em 1/4 (um quarto), restando definitiva em 10 (dez) anos de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão.

Em relação à diminuição do *quantum* decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva, vale observar que, segundo posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, o crime continuado, previsto no art. 71 do CP, é ficção jurídica criada para beneficiar o criminoso que, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras, os subsequentes poderão ser considerados como continuação do primeiro, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticas (crime continuado homogêneo), ou a mais grave, se diversas (crime continuado heterogêneo), aumentada, em qualquer hipótese, de 1/6 a 2/3 (crime continuado próprio). Se dolosos os delitos e cometidos contra vítimas diferentes, com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, *"poderá o Juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código"* - é a continuidade delitiva específica.

Assim, quando do reconhecimento do crime continuado específico, a operação de aumento deve considerar não apenas a quantidade de crimes cometidos, mas especialmente as circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do Código Penal, de acordo com o previsto no parágrafo único do art. 71 do CP.

Nessa linha, vejam-se os precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO . SENTENÇA QUE CONSIDEROU UMA DAS QUALIFICADORAS COMO AGRAVANTE GENÉRICA. POSSIBILIDADE. CRIME CONTINUADO. CRITÉRIOS PARA A EXACERBAÇÃO DA PENA.**

**I- Reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do C.P., mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c da Lex Fundamental), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP) (Precedentes do STJ e do STF).**

**II- Para a exacerbação da pena, em razão do crime continuado previsto no parágrafo único, do art. 71, do CP, considera-se não apenas o número de infrações cometidas, mas também as mesmas circunstâncias do art. 59 do estatuto repressivo**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**(Precedentes do STJ).**

Ordem denegada." (HC 11.337/MS, Quinta Turma, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 27/03/2000.)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. CONTINUIDADE DELITIVA. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E DA UNIDADE DE DESÍGNIOS. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. REGIME INTEGRAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE.

**1. Impõe-se o reconhecimento do crime continuado quando é incontroverso que os crimes foram cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, bem como evidente a unidade de desígnios. No caso, descabe concluir que o Paciente possuía uma motivação autônoma para cada crime de homicídio tentado que cometeu ao efetuar os disparos de arma de fogo contra os três policiais que o perseguiram. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.**

**2. Em se tratando de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, cometidos com violência, o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva deve observar o disposto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal que autoriza ao Juiz exacerbar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas (caso dos autos), até o triplo.**

**3. "No que tange à hipótese do parágrafo único do art. 71 do CP, o Magistrado singular, ao fixar o percentual de acréscimo, ao contrário da hipótese prevista no caput do mesmo dispositivo legal, deve considerar o aspecto objetivo, qual seja, o número de infrações, assim como os subjetivos, caracterizados pelos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias do crime" (HC 69779/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 18/06/2007), e não poderá ultrapassar a margem prevista para o concurso material de crimes.**

**4. A declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, assegurou a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena nos termos artigo 112 da Lei de Execuções Penais aos crimes hediondos e equiparados praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07.**

**5. Habeas corpus concedido para reconhecer a continuidade delitiva específica e determinar que o Juízo das Execuções Penais proceda o novo cálculo da pena, com suporte no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal. Ordem concedida de ofício, para afastar a imposição do regime integral fechado.**

(HC 109.738/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010- grifamos)

E, na hipótese em exame, vê-se que o sentenciante atentou ao fato de que o Recorrente possuía como desfavoráveis as circunstâncias do delito, a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade e os motivos do crime (fl. 243), estas duas últimas com valoração negativa afastada na presente via recursal.

De se destacar, nesse passo, que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se daria pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, **mas sim um exercício de discricionariedade vinculada**, que impõe ao magistrado, considerando a análise das oito circunstâncias mencionadas no art. 59 do CP, na hipótese já procedida pelas instâncias ordinárias, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

Assim, restando negativa a circunstância judicial referente às circunstâncias do crime, devendo ser readequado o *quantum* de aumento procedido pela continuidade delitiva específica ante o afastamento da desfavorabilidade quanto à culpabilidade e os motivos do crime para 2/3 (dois terços), restando a reprimenda do agente definitiva em 17 (dezessete) anos, 8 (oito) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mantendo-se, no mais, os termos do aresto fustigado.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0285644-7      **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.294.129 / AL**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1020034041 20100062915 20100062915000100 34046020028020001

EM MESA

JULGADO: 05/02/2013  
SEGREDO DE JUSTIÇA

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### AUTUAÇÃO

RECORRENTE : B A DA S  
ADVOGADO : JOÃO FIORILLO DE SOUZA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

#### AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : B A DA S  
ADVOGADO : JOÃO FIORILLO DE SOUZA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

#### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.