



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2127623 - GO (2022/0147475-5)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : R D DA S
ADVOGADOS : ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP065371
EDSON JUNJI TORIHARA - SP119762
MICHEL KUSMINSKY HERSCU - SP332696
LAURA GASPARIAN TKACZ - SP408685
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

Ementa: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ART. 225 DO CÓDIGO PENAL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009). LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME COMO FUNDAMENTO PARA AUMENTO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS. ART. 226, II DO CPP. CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. "BIS IN IDEM". TEMA 1.215. AGRAVO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Embargos de Divergência opostos contra acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento a agravo regimental em agravo em recurso especial. O acórdão recorrido assentou a legitimidade do Ministério Público para propor ação penal pública incondicionada em casos de estupro de vulnerável, independentemente de representação, mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, e confirmou a idoneidade do abalo psicológico da vítima como fundamento para exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se há divergência na interpretação acerca da definição sobre se, antes da Lei nº 12.015/2009, o Ministério Público tinha legitimidade para propor ação penal pública incondicionada em crimes sexuais contra crianças e adolescentes, sem necessidade de representação; (ii) determinar se é possível alterar em sede de Embargos de

Divergência a valoração negativa das consequências do crime, especialmente o abalo psicológico sofrido pela vítima; e (iii) se há divergência quanto à suposta ocorrência de bis in idem na utilização da majorante do art. 226 , II , do Código Penal nos crimes contra a dignidade sexual.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Os embargos de divergência visam à uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não sendo admissíveis como via recursal para corrigir suposto erro no julgamento do agravo em recurso especial.

4. Os embargos de divergência são incabíveis quando a jurisprudência do Tribunal está consolidada no mesmo sentido do acórdão embargado, nos termos da Súmula 168/STJ.

5. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, mesmo antes da Lei nº 12.015/2009, o Ministério Público detinha legitimidade para a propositura de ação penal pública incondicionada em casos de crimes sexuais contra menores, em observância ao princípio da proteção integral previsto no art. 227 da Constituição Federal e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

6. São "Incabíveis os embargos de divergência quando os julgados confrontados assentam-se em premissas fáticas evidentemente distintas. " (AgRg nos EAREsp 2035619 / SP, RELATOR Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF) (8420), ÓRGÃO JULGADOR TERCEIRA SEÇÃO, DATA DO JULGAMENTO 12/12/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 15/12/2023).

7. Quanto à majoração da pena-base, embora reforce a existência de similitude fática, a parte agravante apontou acórdão paradigma que não contava com a peculiaridade de que houve a juntada aos autos de laudo médico que deu conta do efetivo abalo psicológico à vítima, fato não ocorrido no paradigma indicado, onde o aumento da pena-base foi rechaçado por repousar em "fundamentação de caráter genérico ou que utiliza elementares do tipo penal".

8. No que tange a questão da suposta ocorrência de bis in idem na utilização da majorante do art. 226 , II , do Código Penal, trata-se de questão cuja divergência restou acertada de maneira definitiva por julgamento unânime desta Terceira Seção no último dia 13/11/2024, ocasião em que se firmou a seguinte tese: "nos crimes contra a dignidade sexual, não configura bis in idem a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, "f", e da majorante específica do art. 226, II, ambos do Código Penal, salvo quando presente apenas a relação de autoridade do agente sobre a vítima, hipótese na qual deve ser aplicada tão somente a causa de aumento". (Tema 1.215)

IV. AGRAVO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Os Srs. Ministros Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 13 de fevereiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2127623 - GO (2022/0147475-5)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : R D DA S
ADVOGADOS : ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP065371
EDSON JUNJI TORIHARA - SP119762
MICHEL KUSMINSKY HERSCU - SP332696
LAURA GASPARIAN TKACZ - SP408685
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

Ementa: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ART. 225 DO CÓDIGO PENAL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009). LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME COMO FUNDAMENTO PARA AUMENTO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS. ART. 226, II DO CPP. CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. "BIS IN IDEM". TEMA 1.215. AGRAVO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Embargos de Divergência opostos contra acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento a agravo regimental em agravo em recurso especial. O acórdão recorrido assentou a legitimidade do Ministério Público para propor ação penal pública incondicionada em casos de estupro de vulnerável, independentemente de representação, mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, e confirmou a idoneidade do abalo psicológico da vítima como fundamento para exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se há divergência na interpretação acerca da definição sobre se, antes da Lei nº 12.015/2009, o Ministério Público tinha legitimidade para propor ação penal pública incondicionada em crimes sexuais contra crianças e adolescentes, sem necessidade de representação; (ii) determinar se é possível alterar em sede de Embargos de

Divergência a valoração negativa das consequências do crime, especialmente o abalo psicológico sofrido pela vítima; e (iii) se há divergência quanto à suposta ocorrência de bis in idem na utilização da majorante do art. 226 , II , do Código Penal nos crimes contra a dignidade sexual.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Os embargos de divergência visam à uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não sendo admissíveis como via recursal para corrigir suposto erro no julgamento do agravo em recurso especial.

4. Os embargos de divergência são incabíveis quando a jurisprudência do Tribunal está consolidada no mesmo sentido do acórdão embargado, nos termos da Súmula 168/STJ.

5. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, mesmo antes da Lei nº 12.015/2009, o Ministério Público detinha legitimidade para a propositura de ação penal pública incondicionada em casos de crimes sexuais contra menores, em observância ao princípio da proteção integral previsto no art. 227 da Constituição Federal e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

6. São "Incabíveis os embargos de divergência quando os julgados confrontados assentam-se em premissas fáticas evidentemente distintas. " (AgRg nos EAREsp 2035619 / SP, RELATOR Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF) (8420), ÓRGÃO JULGADOR TERCEIRA SEÇÃO, DATA DO JULGAMENTO 12/12/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 15/12/2023).

7. Quanto à majoração da pena-base, embora reforce a existência de similitude fática, a parte agravante apontou acórdão paradigma que não contava com a peculiaridade de que houve a juntada aos autos de laudo médico que deu conta do efetivo abalo psicológico à vítima, fato não ocorrido no paradigma indicado, onde o aumento da pena-base foi rechaçado por repousar em "fundamentação de caráter genérico ou que utiliza elementares do tipo penal".

8. No que tange a questão da suposta ocorrência de bis in idem na utilização da majorante do art. 226 , II , do Código Penal, trata-se de questão cuja divergência restou acertada de maneira definitiva por julgamento unânime desta Terceira Seção no último dia 13/11/2024, ocasião em que se firmou a seguinte tese: "nos crimes contra a dignidade sexual, não configura bis in idem a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, "f", e da majorante específica do art. 226, II, ambos do Código Penal, salvo quando presente apenas a relação de autoridade do agente sobre a vítima, hipótese na qual deve ser aplicada tão somente a causa de aumento". (Tema 1.215)

IV. AGRAVO DESPROVIDO.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos (e-STJ, fls. 782):

Cuida-se de Embargos de Divergência interposto em face de acórdão da 6ª Turma, relatado pelo MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 225 DO CP (REDAÇÃO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI N. 12.015/2009). IMPROCEDÊNCIA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. PRECEDENTES DESTA CORTE. CONTRARIEDADE AO ART. 59 DO CP. SUPOSTA ILEGALIDADE NO ELEMENTO SOPESADO PARA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. PRECEDENTES DESTA CORTE. Agravo regimental improvido. (e-STJ Fl.681)

Afirma a parte recorrente, em suma, a existência de dissenso jurisprudencial entre o julgado e acórdãos deste sodalício.

O agravante requer a reconsideração da decisão ou o provimento de seu recurso pelo colegiado.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido.

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 782-787):

Sabe-se que "A finalidade dos embargos de divergência é a uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual não podem ser utilizados como nova via recursal, visando a corrigir eventual equívoco ou controvérsia advinda do julgamento do próprio agravo em recurso especial." (AgRg nos EAREsp 2379137 / SP; RELATOR Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170); ÓRGÃO JULGADOR TERCEIRA SEÇÃO; DATA DO JULGAMENTO 08/11/2023; DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 13/11/2023)

Efetivamente, cabíveis por força da aplicação do comando do artigo

1.043 do Código de Processo Civil, os embargos de divergência de natureza processual penal tem previsão expressa no RISTJ, que assim dispõe sobre o tema:

Art. 266. Cabem embargos de divergência contra acórdão de Órgão Fracionário que, em recurso especial, divergir do julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal, sendo: (Redação dada pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

I - os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; (Incluído pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

II - um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia. (Incluído pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

§ 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

§ 2º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

§ 3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for do mesmo Órgão Fracionário que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

Percebe-se, portanto, que, por força regimental, os Embargos de Divergência somente podem ser interpostos em face de acórdão proferido por Órgão Fracionário que divergir de julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal, desde que os acórdãos, embargado e paradigma, sejam de mérito ou que não tenham conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia.

Contudo, é remansosa a jurisprudência desta Corte enunciada na Súmula 168 que dispõe que “não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

No presente feito, quanto à violação ao art. 225 do CP, o acórdão recorrido bem assentou que

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, mesmo antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, o Ministério Público já era parte legítima para propor ação penal pública incondicionada em virtude de prática de delitos sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, independentemente de representação ou demonstração de pobreza (HC n. 494.792/BA, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/6/2019, DJe 27/6/2019). Isso porque a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado (art. 227, caput, c/c o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais (RHC n. 23.656/SE, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/9/2016, DJe 20/9/2016 - grifo nosso).

No mesmo sentido, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ART. 225 DO CÓDIGO PENAL, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, para a apuração de crimes sexuais praticados contra criança ou adolescente, ainda que antes da Lei 12.015/2009 e ainda que mediante violência presumida, a ação penal é pública incondicionada, não havendo falar em necessidade de representação da vítima, podendo a pretensão punitiva ser exercida enquanto não alcançado o prazo prescricional aplicável.

2. Na hipótese, tratando-se de atentado violento ao pudor praticado com violência presumida contra vítimas que, conforme a denúncia, possuíam, à data dos fatos, 10 e 12 anos, e ainda que os fatos tenham ocorrido antes da alteração legislativa em referência, irrelevante a retratação da representação, face à legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.992.553/RS, Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe 15/8/2022 - grifo nosso).

O fato de esta Corte, em precedentes isolados, ter decidido eventualmente de forma contrária, não altera o fato de que a orientação sedimentada neste Tribunal é de que a ação penal, em casos que tais, é pública incondicionada.

Com efeito, a despeito da alteração da composição da Turma, certo é que o entendimento que a parte deseja ver prevalecer encontra-se em dissonância com a jurisprudência que se pacificou nesta corte, no sentido de que "mesmo antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009, o Ministério Público já era parte legítima para propor a ação penal pública incondicionada destinada a verificar a prática de crimes sexuais contra crianças, independentemente da condição financeira da vítima, pois a proteção à infância é dever do Estado, conforme previsto na Constituição Federal e em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil" (HC n. 521.901/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 3/11/2020, DJe de 20/11/2020).

Em sentido idêntico, além dos precedentes citados pelo acórdão recorrido: AgRg no HC: 808611 RJ 2023/0081500-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 24/04/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/04/2023; AgRg no RHC: 139674 SP 2020/0333460-3, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 05/10/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2021; e AgRg nos EDcl no HC: 804618 DF 2023/0056941-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 18/04/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/04/2023.

No mesmo sentido, quanto à violação ao art. 59 do CP, é remansosa a jurisprudência desta Corte no sentido de que são "Incabíveis os embargos de divergência quando os julgados confrontados assentam-se em premissas fáticas evidentemente distintas." (AgRg nos EAREsp

2035619 / SP, RELATOR Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF) (8420), ÓRGÃO JULGADOR TERCEIRA SEÇÃO, DATA DO JULGAMENTO 12/12/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 15/12/2023).

No presente feito, embora reforce a existência de similitude fática, a parte agravante apontou acórdão paradigma que não contava com a peculiaridade de que houve a juntada aos autos de laudo médico que deu conta do efetivo abalo psicológico à vítima, fato não ocorrido no paradigma indicado, onde o aumento da pena-base foi rechaçado por repousar em "fundamentação de caráter genérico ou que utiliza elementares do tipo penal".

Ademais, mesmo que assim não fosse, também quanto ao ponto há de se aplicar o enunciado da Súmula 168 do STJ, haja vista que, como assentado pelo acórdão recorrido:

Ora, o Magistrado sopesou os prejuízos de ordem psicológica e moral, sofridos pela vítima, segundo relatório psicológico (fl. 322 - grifo nosso).

Ao especificar esses danos, a Corte de origem mencionou o quadro de ansiedade verificado após o evento delituoso (fl. 442).

Com efeito, ao contrário do alegado no recurso, tal elemento é idôneo para aumentar a pena-base, pois transcende àqueles previstos no tipo penal em comento:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DO PRESENTE REMÉDIO. PRECEDENTES. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO EVIDENCIADA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. VETORES NEGATIVOS: CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O writ foi manejado antes do dies ad quem para a interposição da via de impugnação própria na causa principal, o recurso especial, consubstanciando inadequada substituição ao recurso cabível, o que torna incognoscível o pedido. Frise-se que nem mesmo o trânsito em julgado da causa principal em data posterior à impetração do writ sana o vício de conhecimento do habeas corpus. A coisa julgada, que torna a condenação originária definitiva, agrega ainda outro óbice à cognição do pedido.

2. Não há manifesta ilegalidade a reclamar a concessão da ordem de ofício. De fato, a culpabilidade é negativa, dentre outras razões, em virtude da premeditação, justificativa considerada idônea pela jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. No mais, o vetor das consequências do crime foi considerado desfavorável diante dos danos físicos e psicológicos consideráveis causados em criança de apenas 5 (cinco) anos de idade, fundamento igualmente adequado para o incremento da sanção basilar.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 860.869/PB, Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe 21/6/2024 - grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o quantum de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado. Para obter-se uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto.

2. Justifica a elevação da pena-base pela valoração negativa da conduta social a descrição da periculosidade social do agente, que extrapola os elementos do tipo penal imputado, observada a prática dele de fazer contato com jovens meninos, em locais de convívio de diversos menores, para solicitar-lhes fotos sensuais e conteúdos pornográficos, tal como os chamados "predadores sexuais".

3. É motivação idônea para a atribuição de valor negativo às consequências do crime o contexto de abalo psicológico superior ao esperado para o tipo delitivo, evidenciado no comportamento do menor, que passou a somente dormir com a mãe, a morder crianças da creche, a fazer desenhos com referências à morte e a perguntar sobre a punição do agressor. Ademais, o crime alterou significativamente a rotina da família, que buscou tratamento profissional para o menor.

4. Este Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria. Assim, o magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidirá o quantum de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 876.661/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe 16/5/2024 - grifo nosso).

De fato, também no ponto a jurisprudência desta corte é remansosa no sentido de que "Não configura bis in idem a utilização da majorante do art. 226 , II , do Código Penal quando a circunstância utilizada para agravar a pena são as consequências do delito - os danos psicológicos e comportamentais sofridos pela vítima, que alterou seu modo de vida -, transcendendo a normalidade inerente ao tipo penal" (AgRg no AREsp: 2187814 SP 2022/0251774-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 21/03/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/202)

No mesmo sentido: AgRg no HC: 763374 SP 2022/0249746-9, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF, Data de Julgamento: 13/03/2023, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2023; AgRg no HC: 766560 SC 2022/0268274-2, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO,

Data de Julgamento: 12/12/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2022; e AgRg no HC: 909900 SP 2024/0153041-7, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 17/06/2024, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2024.

O agravante reafirma que "esta col. Corte já decidiu de maneira diversa" quanto à violação ao artigo 225 do CP. Ocorre, contudo, que os precedentes citados, firmados em 2016 (REsp nº 1.543.002/TO) e 2021 (AREsp nº 1.767.688), tratam de entendimento já superado, a indicar, nos termos do já decidido, a incidência do enunciado da Súmula nº 168 do STJ.

De fato, após a sua elaboração, observa-se que as Turmas que compõem a 3ª Seção já se manifestaram, de maneira reiterada, no sentido atualmente prevalente, que estabelece que *"mesmo antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009, o Ministério Público já era parte legítima para propor a ação penal pública incondicionada destinada a verificar a prática de crimes sexuais contra crianças, independentemente da condição financeira da vítima, pois a proteção à infância é dever do Estado, conforme previsto na Constituição Federal e em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil"* (HC n. 521.901/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 3/11/2020, DJe de 20/11/2020).

Em sentido idêntico:

Sexta Turma: **AgRg no REsp n. 1.992.553/RS, Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado)**, julgado em 9/8/2022; **AgRg no RHC 139674, Relator Ministro Sebastião Reis Junior**, Data de Julgamento: 05/10/2021.

Quinta Turma: **AgRg no HC: 808611 RJ, Data de Julgamento: 24/04/2023; e AgRg nos EDcl no HC 804618 DF, Data de Julgamento: 18/04/2023, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.**

De outro lado, quanto à utilização do abalo psicológico para exasperar a pena-base, há de se rememorar que são "Incabíveis os embargos de divergência quando os julgados confrontados assentam-se em premissas fáticas evidentemente distintas. " (AgRg nos EAREsp 2035619 / SP, RELATOR Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF) (8420), ÓRGÃO JULGADOR TERCEIRA SEÇÃO, DATA DO JULGAMENTO 12/12/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 15/12/2023).

No presente feito, embora reforce a existência de similitude fática, a parte agravante apontou acórdão paradigma que não contava com a peculiaridade de que houve a juntada aos autos de laudo médico que deu conta do efetivo abalo psicológico à vítima, fato não ocorrido no paradigma indicado, onde o aumento da pena-base foi rechaçado por repousar em "fundamentação de caráter genérico ou que utiliza elementares do tipo penal".

Quanto à alegação de que "este é o caso, inclusive, de precedentes nos quais havia laudo psicológico e mesmo assim esta eg. Corte reconheceu a impossibilidade de exasperar a pena base", cuida-se de inovação recursal cujo conhecimento se mostra obstado, na forma da jurisprudência desta corte.

Nesse sentido: "No âmbito do agravo regimental, não se admite que a parte amplie objetivamente as causas de pedir e os pedidos formulados na petição inicial ou no recurso." (AgRg no HC n. 910.345/SP, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do Tjsp), Sexta Turma, julgado em 23/10/2024, DJe de 28/10/2024.)

Por fim, no que tange a questão da suposta ocorrência de bis in idem na utilização da majorante do art. 226 , II , do Código Penal, trata-se de questão cuja divergência restou acertada de maneira definitiva por julgamento unânime desta Terceira Seção no último dia 13/11/2024, ocasião em que se firmou a seguinte tese: "nos crimes contra a dignidade sexual, não configura bis in idem a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, "f", e da majorante específica do art. 226, II, ambos do Código Penal, salvo quando presente apenas a relação de autoridade do agente sobre a vítima, hipótese na qual deve ser aplicada tão somente a causa de aumento". (Tema 1.215)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2022/0147475-5 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg nos EAREsp 2.127.623 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01021671120128090144 0632012 10216711 1021671120128090144
201201021671 632012

PAUTA: 12/02/2025

JULGADO: 12/02/2025
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : R D DA S
ADVOGADOS : ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP065371
EDSON JUNJI TORIHARA - SP119762
MICHEL KUSMINSKY HERSCU - SP332696
LAURA GASPARIAN TKACZ - SP408685
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : R D DA S
ADVOGADOS : ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP065371
EDSON JUNJI TORIHARA - SP119762
MICHEL KUSMINSKY HERSCU - SP332696
LAURA GASPARIAN TKACZ - SP408685
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Michel Kusminsky Herscu sustentou oralmente pela parte Agravante: R D DA S.

CERTIDÃO

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

A TERCEIRA SEÇÃO, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Os Srs. Ministros Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

C542524515821821281213@ 2022/0147475-5 - EAREsp 2127623 Petição : 2024/0095536-1 (AgRg)