



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2050208 - SP (2023/0028639-8)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
AGRAVANTE : D DE O B
ADVOGADO : HENRIQUE GONÇALVES SANCHES - SP182797
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ART. 217-A, *CAPUT*, POR DUAS VEZES, C/C O ART. 226, II, E ART. 61, II, *H*, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE OPORTUNA IMPUGNAÇÃO E DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 71 DO CP. CRIMES COMETIDOS EM MOMENTOS DISTINTOS E CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. REVISÃO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, a inobservância ao disposto no art. 212 do CPP gera nulidade relativa, sendo necessária a sua alegação em momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo.

2. No caso concreto, verifica-se que a defesa não se manifestou no ato da audiência quanto à ordem de inquirição prevista em lei, bem como não apontou especificamente nenhum prejuízo dela advindo.

3. De acordo com a teoria mista, adotada pelo Código Penal, mostra-se imprescindível, para a aplicação da regra do crime continuado, o preenchimento de requisitos não apenas de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - como também de ordem subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

4. Na espécie, a continuidade delitiva foi afastada considerando-se que os crimes foram cometidos em momentos distintos e contra vítimas diferentes, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre as imputações.

5. O reexame da matéria, com vistas ao (eventual) reconhecimento da continuidade delitiva, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório carreado durante a instrução processual, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

6. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 15 de abril de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2050208 - SP (2023/0028639-8)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)
AGRAVANTE : D DE O B
ADVOGADO : HENRIQUE GONÇALVES SANCHES - SP182797
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ART. 217-A, *CAPUT*, POR DUAS VEZES, C/C O ART. 226, II, E ART. 61, II, *H*, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE OPORTUNA IMPUGNAÇÃO E DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 71 DO CP. CRIMES COMETIDOS EM MOMENTOS DISTINTOS E CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. REVISÃO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, a inobservância ao disposto no art. 212 do CPP gera nulidade relativa, sendo necessária a sua alegação em momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo.

2. No caso concreto, verifica-se que a defesa não se manifestou no ato da audiência quanto à ordem de inquirição prevista em lei, bem como não apontou especificamente nenhum prejuízo dela advindo.

3. De acordo com a teoria mista, adotada pelo Código Penal, mostra-se imprescindível, para a aplicação da regra do crime continuado, o preenchimento de requisitos não apenas de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - como também de ordem subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

4. Na espécie, a continuidade delitiva foi afastada considerando-se que os crimes foram cometidos em momentos distintos e contra vítimas diferentes, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre as imputações.

5. O reexame da matéria, com vistas ao (eventual) reconhecimento da continuidade delitiva, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório carreado durante a instrução processual, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

6. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do recurso especial.

A defesa alega que o prejuízo está efetivamente demonstrado no caso dos autos, argumentando, nesse sentido, que o juiz não atuou, na audiência de instrução, com total protagonismo probatório, o que ficou demonstrado na própria sentença condenatória.

Defende ainda que o critério temporal das circunstâncias não pode, por si só, afastar a continuidade delitiva. Acrescenta que o prazo de 30 dias criado pela jurisprudência não é absoluto, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto, conforme admitido pelo próprio STJ.

Pugna, ao final, pela reconsideração do julgado ou pelo julgamento e provimento do recurso pelo órgão colegiado.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada está assim fundamentada (fls. 464-467):

O recorrente foi condenado como incurso no artigo 217-A, “caput”, por duas vezes, c. c. artigo 226, II, e artigo 61, II, alínea “h”, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, à pena de 18 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento, reduzindo a pena para 16 anos de reclusão, mantido o regime fechado.

Quanto à alegação de violação ao art. 212 do CPP, extrai-se do acórdão o seguinte (fls. 389/390):

[...] 2- Nulidade da audiência de instrução e julgamento por inobservância ao artigo 212, do CPP.

Não prospera a preliminar defensiva.

No caso, perfilha-se do entendimento de que a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal introduzida pela Lei n.º 11.690/08 tão somente possibilitou ao Ministério Público e a Defesa a formulação direta de perguntas às testemunhas, sem a intermediação do Juiz, mantendo-se, no mais, os termos anteriores.

[...] As partes podem indagar diretamente as testemunhas. Contudo, caso não observada a ordem inquiritória, configura-se nulidade relativa, que

depende de prova do prejuízo gerado à parte e de alegação no momento oportuno.

O parágrafo único do artigo 212 do Código de Processo Penal estabelece que sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. O campo de atuação do magistrado, portanto, na inquirição de testemunhas, limita-se à complementaridade, por isso, então, ocupante da última posição na formulação das perguntas. Contudo, ainda que formule perguntas antecipadamente, tenho que não se configura nulidade absoluta, pois, sendo o destinatário da prova, à evidência, o magistrado poderia fazer as mesmas perguntas, na linha complementar, ao final da inquirição.

[...] Neste contexto, o prejuízo não pode ser presumido pela tão só referência, do julgador, ao contexto fático que exsurge da prova oral. Configura-se, assim, nulidade relativa, que depende de alegação no momento oportuno e de provado prejuízo gerado à parte.

[...] No caso, a defesa do réu permaneceu inerte durante a audiência. A pretensão de nulidade do feito encontra-se fulminada pela preclusão e, assim sanada, a prova é válida, capaz de suportar a pronúncia.

De fato, a hipótese em análise trata de nulidade relativa, que deve ser alegada em momento oportuno, sob pena de preclusão, o que não ocorreu, conforme registrado no acórdão.

Ademais, a defesa não demonstrou concreta e objetivamente o prejuízo decorrente da inquirição pelo Magistrado de piso, o que afasta a arguida nulidade.

Portanto, mostra-se hígida a inquirição das testemunhas.

O entendimento firmado no acórdão encontra respaldo na jurisprudência desta Corte no sentido de que "a inquirição das testemunhas pelo Juiz, antes que seja oportunizada às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa, que exige a demonstração do efetivo prejuízo, conforme o disposto no art. 563 do mesmo Estatuto, para que seja alcançada a anulação do ato. [...] Compete à Defesa indicar de forma clara o gravame advindo diretamente do ato que se pretenda declarar nulo, não sendo suficiente a alegação genérica do prejuízo advindo da condenação criminal" (AgRg no RHC n.

148.274/SC, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/6/2021, DJe 25/6/2021).

Incide, assim, a Súmula 83 do STJ, segundo a qual não se conhece do recurso especial, quando a orientação do Tribunal firmou-se no mesmo sentido da decisão recorrida.

Quanto à violação do art. 71 do CP, destacou-se que (fls. 395/412):

Por volta do mês de julho 2015, Dionys começou a conversar com Emilly por meio do aplicativo de mensagens Whatsapp, com o objetivo de seduzi-la e, assim, ter relação sexual com ela.

Em meados de outubro do mesmo ano, o denunciado conseguiu convencer Emilly a se encontrar com ele e, nos primeiros encontros, apenas se beijaram.

No mês seguinte, aproveitando-se que a vítima estava em casa sozinha, foi ao local e manteve conjunção carnal com a vítima.

Após deflorar Emilly, Dionys rompeu a relação com ela e, utilizando o mesmo modo de ação, começou a conversar com Ester pelo Whatsapp, também com o objetivo de ter relação sexual com essa outra criança.

Assim, no dia 12 de fevereiro de 2016, o denunciado teve o primeiro encontro com Ester, ocasião em que apenasse beijaram.

No dia seguinte, contudo, Dionys convenceu a vítima a ir à casa dele, escondida dos pais e, assim, fez sexo vaginal desprotegido com ela, que também era virgem até então.

[...] Do reconhecimento da continuidade delitiva Diante das circunstâncias dos crimes, não há qualquer elemento que denote a prática dos delitos em continuidade delitiva, de modo que não se aplica ao presente caso o artigo 71, do Código Penal, tal como postulado pela defesa, sendo corretamente reconhecida a incidência de concurso material dos delitos, uma vez que as infrações ocorreram em tempo e local diversos, bem como contra vítimas diferentes, nos termos do artigo 69, do Código Penal.

Salienta-se, que embora sejam delitos da mesma espécie, não há similitude de condições de tempo e lugar, tratando-se ainda de duas vítimas distintas, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre todas as imputações.

Aponta o acórdão a ausência dos requisitos do art. 71 do CP para o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes imputados ao recorrente, destacando que "as infrações ocorreram em tempo e local diversos, bem como contra vítimas diferentes, nos termos do art. 69, do CP. Salienta-se, que embora sejam delitos da mesma espécie, não há similitude de condições de tempo e lugar, tratando-se ainda de duas vítimas distintas, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre todas as imputações".

Consignou-se, ainda, que "Por volta do mês de julho 2015, Dionys começou a conversar com Emilly por meio do aplicativo de mensagens Whatsapp, com o objetivo de seduzi-la e, assim, ter relação sexual com ela. Em meados de outubro do mesmo ano, o denunciado conseguiu convencer Emilly a se encontrar com ele e, nos primeiros encontros, apenas se beijaram. No mês seguinte, aproveitando-se que a vítima estava em casa sozinha, foi ao local e manteve conjunção carnal com a vítima. Após deflorar Emilly, Dionys rompeu a relação com ela e, utilizando o mesmo modo de ação, começou a conversar com Ester pelo Whatsapp, também com o objetivo de ter relação sexual com essa outra criança. Assim, no dia 12 de fevereiro de 2016, o denunciado teve o primeiro encontro com Ester, ocasião em que apenas se beijaram. No dia seguinte, contudo, Dionys convenceu a vítima a ir à casa dele, escondida dos pais e, assim, fez sexo vaginal desprotegido com ela, que também era virgem até então".

Assim postos os fatos, verifica-se que os crimes de estupro não ocorreram nas mesmas condições de tempo e que não houve vínculo subjetivo ou unidade de desígnios em relação às condutas.

Como se vê, o Tribunal de origem considerou a falta de requisito objetivo (condições de tempo) e de requisito subjetivo (vínculo subjetivo) para impedir o reconhecimento do crime continuado, não se verificando a apontada violação do art. 71 do CP.

De acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, o art. 71 do Código Penal adotou a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, para o reconhecimento da continuidade delitiva, necessário o preenchimento de requisitos de natureza objetiva (pluralidade de ações; mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito) e subjetiva (unidade de desígnios), o que, como visto, não restou demonstrado no caso em análise. Nesse sentido: AgRg no AREsp 1148021/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 01/02/2019; AgRg no AgRg no AREsp 1354075/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/12/2018. Essa situação, como visto, não se amolda à hipótese dos autos.

Ademais, estando as condenações devidamente fundamentadas com amparo conjunto fático-probatório dos autos, o reexame da matéria, com vistas ao (eventual) reconhecimento da continuidade delitiva demandaria o reexame fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

A decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois, assim como demonstrado, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que

a inobservância ao disposto no art. 212 do CPP gera nulidade relativa, sendo necessária a sua alegação em momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo.

No caso concreto, verifica-se que a defesa não se manifestou no ato da audiência, quanto à inobservância da ordem de inquirição prevista em lei, nem tampouco o fez em outro momento oportuno, permanecendo inerte durante a audiência, conforme consignado no acórdão impugnado.

Tais circunstâncias, somadas à falta de demonstração de prejuízo concreto à defesa, impedem o reconhecimento da nulidade arguida. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO NA FASE DA PRONÚNCIA. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS PELO MAGISTRADO. NULIDADE AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "Continua sendo possível ao magistrado indagar as testemunhas durante a instrução, diante do impulso oficial do processo. Com efeito, a jurisprudência desta Corte de Justiça, no sentido de que a inquirição das testemunhas pelo Juiz, antes que seja oportunizada às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa, que exige a demonstração do efetivo prejuízo, conforme o disposto no art. 563 do mesmo Estatuto, para que seja alcançada a anulação do ato (AgRg no RHC n. 148.274/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe 25/6/2021)" (AgRg no HC n. 787.903/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 19/12/2022).

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 782.231/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023.)

De acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, o art. 71 do Código Penal adotou a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, para o reconhecimento da continuidade delitiva, é necessário o preenchimento de requisitos de natureza objetiva (pluralidade de ações; mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito) e subjetiva (unidade de desígnios). Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPROS DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. CONDIÇÕES DE TEMPO DIVERSAS. LIAME SUBJETIVO NÃO EVIDENCIADO. CONCURSO MATERIAL MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes parcelares que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, a norma extraída do art. 71, caput, do Código Penal, exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; III) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional); e, por fim, adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista, a doutrina e

jurisprudência inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido esses delitos subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente.

4. No caso, o primeiro delito foi praticado quando a vítima tinha apenas 8 anos de idade, enquanto o segundo crime, ainda que seja da mesma espécie e tenha sido perpetrado em condições similares de lugar e modo de execução, foi levado a efeito quando a ofendida já tinha 11 anos de idade, o que afasta a unidade temporal necessária para o reconhecimento da continuidade delitiva.

5. Se as instâncias ordinárias, de forma motivada, reconheceram não restarem configurados os requisitos necessários para que seja aplicada a fixação jurídica do art. 71 do CP, notadamente por não ter sido demonstrado que as condutas foram praticadas sob as mesmas circunstâncias de tempo, para infirmar tal conclusão seria necessário o reexame detido do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do writ.

6. Mantida a pena no patamar estabelecido pelo Colegiado a quo, ou seja, em 21 anos de reclusão, conquanto se trate de réu primário, não há se falar em fixação de regime prisional menos gravoso, pois o meio prisional fechado decorre da própria literalidade no art. 33, caput, § 2º, "a", CP.

7. Writ não conhecido. (HC 384.736/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

No caso dos autos, as instâncias de origem consideraram a falta dos requisitos objetivos e do vínculo subjetivo para impedir o reconhecimento do crime continuado, fundamentadamente, consignando que os delitos foram praticados contra vítimas e locais distintos, não se verificando, portanto, a alegada ofensa ao art. 71 do CP.

Ademais, o reexame da matéria, com vistas ao (eventual) reconhecimento da continuidade delitiva, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório carreado durante a instrução processual, providência que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, por não vislumbrar a existência de argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no REsp 2.050.208 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0028639-8

Número de Origem:

00023148920168260152 000231489201682601526392016 20220000836827 23148920168260152
231489201682601526392016 6392016

Sessão Virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : D DE O B

ADVOGADO : HENRIQUE GONÇALVES SANCHES - SP182797

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - ESTUPRO DE
VULNERÁVEL

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : D DE O B

ADVOGADO : HENRIQUE GONÇALVES SANCHES - SP182797

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 16 de abril de 2024