



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 861180 - SP (2023/0373505-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : M M B DE L (PRESO)
ADVOGADO : CAROLINE LANDIM PEREIRA - SP412853
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ESTUPROS DE VULNERÁVEL CONSUMADO E TENTADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PROPORCIONALIDADE. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. CERTIDÃO COMPROBATÓRIA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA PELA CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. PRÁTICAS REITERADAS E FREQUENTES. TEMA n. 1.202 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A alteração da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2. Na hipótese, inviável a fixação das penas-base no mínimo legal, considerando que houve fundamentação concreta para o acréscimo das sanções em virtude da valoração negativa de três circunstâncias judiciais, quais sejam, a culpabilidade do réu - policial militar que possuía arma de fogo e incutia maior temor às vítimas - a conduta social por ser extremamente violento no âmbito doméstico, agredindo com frequência seus filhos e esposa, e as consequências dos crimes que deixaram marcas na personalidade da vítima, a qual teve que se submeter a tratamento psicológico.

3. A manutenção das penas-base acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada, aplicando-se o aumento de 1/4 sobre a reprimenda mínima, correspondente a três circunstâncias judiciais sopesadas negativamente, o que não se mostra desproporcional.

4. Acerca da configuração da reincidência, as instâncias de origem indicaram a certidão comprobatória e o número da ação penal correspondente a fim de comprovar a incidência da agravante.

5. A jurisprudência iterativa desta Corte de Justiça se firmou no sentido de que nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, é adequada a fixação de aumento referente à continuidade delitiva em patamar superior ao mínimo, quando o delito foi perpetrado durante certo lapso temporal, sendo, nesse contexto, desnecessário precisar exatamente quantas vezes ocorreu o evento criminoso.

6. Na hipótese, considerando o extenso período em que a conduta foi praticada - aproximadamente 10 anos quanto à uma das vítimas, e 4 quanto à outra -, e, a despeito da impossibilidade de indicação precisa de quantos atos criminosos foram cometidos, mostra-se justificada a adoção da fração máxima de 2/3 pela continuidade delitiva, nos termos da tese fixada no Tema n. 1.202 do STJ.

7. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 10/09/2024 a 16/09/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 16 de setembro de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 861180 - SP (2023/0373505-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : M M B DE L (PRESO)
ADVOGADO : CAROLINE LANDIM PEREIRA - SP412853
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ESTUPROS DE VULNERÁVEL CONSUMADO E TENTADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PROPORCIONALIDADE. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. CERTIDÃO COMPROBATÓRIA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA PELA CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. PRÁTICAS REITERADAS E FREQUENTES. TEMA n. 1.202 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A alteração da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2. Na hipótese, inviável a fixação das penas-base no mínimo legal, considerando que houve fundamentação concreta para o acréscimo das sanções em virtude da valoração negativa de três circunstâncias judiciais, quais sejam, a culpabilidade do réu - policial militar que possuía arma de fogo e incutia maior temor às vítimas - a conduta social por ser extremamente violento no âmbito doméstico, agredindo com frequência seus filhos e esposa, e as consequências dos crimes que deixaram marcas na personalidade da vítima, a qual teve que se submeter a tratamento psicológico.

3. A manutenção das penas-base acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada, aplicando-se o aumento de 1/4 sobre a reprimenda mínima, correspondente a três circunstâncias judiciais sopesadas negativamente, o que não se mostra desproporcional.

4. Acerca da configuração da reincidência, as instâncias de origem indicaram a certidão comprobatória e o número da ação penal correspondente a fim de comprovar a incidência da agravante.

5. A jurisprudência iterativa desta Corte de Justiça se firmou no sentido de que nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, é adequada a fixação de aumento referente à continuidade delitiva em patamar superior ao mínimo, quando o delito foi perpetrado durante certo lapso temporal, sendo, nesse contexto, desnecessário precisar exatamente quantas vezes ocorreu o evento criminoso.

6. Na hipótese, considerando o extenso período em que a conduta foi praticada - aproximadamente 10 anos quanto à uma das

vítimas, e 4 quanto à outra -, e, a despeito da impossibilidade de indicação precisa de quantos atos criminosos foram cometidos, mostra-se justificada a adoção da fração máxima de 2/3 pela continuidade delitiva, nos termos da tese fixada no Tema n. 1.202 do STJ.

7. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por M M B DE L contra decisão de minha lavra na qual não conheci do *habeas corpus* (fls. 86/105).

A Defesa reforça argumentos quanto à necessidade de revisão da dosimetria da pena do réu, para fixar a reprimenda básica no mínimo legal e, na segunda fase, para afastar a agravante da reincidência, pois teria sido fundamentada em condenação já reabilitada.

Reitera que o patamar de aumento de 2/3 atribuído ao crime continuado é desproporcional e merece ser reduzido para 1/4 em razão do número de infrações cometidas.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o julgamento pelo órgão colegiado a fim de que a ordem seja concedida nos termos requeridos inicialmente, com a redução da pena do agravante.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Consoante já destacado, acerca da pena aplicada ao agravante, o ordenamento jurídico não estabelece um critério objetivo ou matemático para a dosimetria da pena, sendo admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que baseado em circunstâncias concretas do fato criminoso, de modo que a motivação do édito condenatório ofereça garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Sendo assim, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

Ao dar parcial provimento à apelação da defesa, o Tribunal de origem reduziu a pena privativa de liberdade fixada em primeiro grau, de acordo com os seguintes fundamentos:

"As bases, em relação a cada vítima, foram elevadas em fração correspondente a 3/8 (três oitavos), em razão da culpabilidade e personalidade violenta do réu, que era policial militar e possuía arma de fogo, que incutia maior temor às vítimas, bem como as consequências dos crimes, que deixam sequelas psicológicas. Contudo, no meu ponto de vista, a fração mostrou-se exacerbada, já que foram valoradas três circunstâncias judiciais negativas, de modo que a reduzo para 1/4 (um quarto), alcançando as penas 10 (dez) anos de reclusão.

Na segunda fase, as reprimendas foram aumentadas na fração de 1/6 (um sexto), tendo em conta a agravante da reincidência, comprovada pela certidão de fls. 347/349, que perfaz 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, para cada crime perpetrado.

Na terceira etapa do cálculo dosimétrico as penas foram majoradas em 1/2 (metade), pela causa de aumento de pena prevista no artigo 226, inciso II (delito praticado por pai/padrasto), que mantenho, resultando em 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão. ***Para G, em razão da tentativa, a pena foi reduzida em 1/3 (um terço), tendo em vista o iter criminis percorrido pelo réu, que entrou no quarto dessa vítima, deitou-se na cama em que ela estava e colocou as mãos na perna dela e, quando já ia tocá-la nas partes íntimas, ela, percebendo, levantou-se rapidamente, restando a pena de 11(onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão.***

E, ainda na derradeira etapa do cálculo dosimétrico, aplicando-se a regra da continuidade delitiva (artigo 71, caput, do Código Penal), em relação aos delitos contra as ofendidas A C e A L, as penas de um dos crimes praticados contra cada uma delas foi aumentada na fração máxima de 2/3 (dois terços), considerando que os delitos foram praticados por longo período de tempo (por aproximadamente 10 anos - A C - e 04 anos - A L, perfazendo 29 (vinte e nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, para cada vítima. Finalmente, considerado o concurso material de crimes, as penas devem ser somadas (cf. artigo 69, caput, do Código Penal), resultando na pena final para o réu de 70 (setenta) anos de reclusão"

Na hipótese, inviável a fixação das penas-base no mínimo legal, considerando que houve fundamentação concreta para o acréscimo das sanções em virtude da valoração negativa de três circunstâncias judiciais, quais sejam, a culpabilidade do réu *"que era policial militar e possuía arma de fogo, que incutia maior temor às vítimas"* (fl. 56), a conduta social por ser *"extremamente violento no âmbito doméstico, agredindo*

com frequência seus filhos e esposa, ao longo de mais de dez anos", e as consequências dos crimes "que deixaram marcas indelévels na personalidade da vítima, a qual teve que se submeter a tratamento psicológico" (sentença, fl. 41).

Nesse sentido, vejamos os precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME PREVISTO NO ART. 241-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 381, II E III, E 438 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP NÃO CONSTATADA. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. INEXISTÊNCIA. ELEMENTOS INDICIÁRIOS CONFIRMADOS POR PROVAS JUDICIALIZADAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL - CP. INCABÍVEL. DOSIMETRIA DA PENA. BASILAR EXASPERADA DE FORMA FUNDAMENTADA. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, "F", DO CP. CABIMENTO. FRAÇÃO DE AUMENTO DE 1/2 EM RAZÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR RAZOÁVEL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICIALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. De fato, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do ora agravante quanto ao crime disposto no 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Na hipótese, o réu foi condenado à pena de 1 ano e 3 meses de reclusão como incurso no aludido delito. Assim, o prazo prescricional do crime é de 4 anos, reduzido para 2 anos, por ser o agravante, à época da sentença, maior de 70 anos, conforme dispõem os arts. 109, V, e 115, caput, do Código Penal. Em relação aos marcos interruptivos, observa-se que a sentença foi publicada em 16/9/2017 e o acórdão que deu parcial provimento ao recurso de apelação defensivo foi publicado em 8/2/2019, de modo que entre este último marco e a presente data já transcorreu o prazo prescricional de 2 anos.

2. Não se vislumbra a alegada ofensa aos arts. 381, II e III, e 438 do Código de Processo Penal - CPP, na medida em que, consoante se vê dos trechos do acórdão atacado, o Tribunal de origem analisou e fundamentou de forma suficiente, até mesmo de maneira minuciosa, todas as teses apresentadas pela defesa, concluindo por afastá-las.

3. Em relação à suposta violação do art. 155 do CPP, é assente neste Superior Tribunal de Justiça a orientação de que o referido dispositivo legal veda a condenação do réu com lastro exclusivamente em elementos colhidos na fase inquisitorial e não confirmado em juízo, ou seja, não submetidos ao contraditório e à ampla defesa. De outro modo, permite-se a utilização de

dados colhidos durante o inquérito policial para embasar a condenação, desde que corroborados por outras provas colhidas judicialmente.

4. In casu, consoante esclarecido pelo Tribunal de origem, os menores foram ouvidos, ainda na fase inquisitorial, por uma equipe de profissionais do Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS integrada por duas psicólogas e uma assistente social. No ponto, foi concluído pela Corte a quo que o Magistrado singular agiu com acerto ao entender como desnecessária a nova oitiva dos ofendidos em juízo, haja vista a inexistência de dúvida fundada quanto ao teor das declarações prestadas e, sobretudo, pela necessidade de preservar a integridade psíquica das vítimas, que teriam que rememorar novamente os traumas decorrentes dos fatos ilícitos sofridos. Foi ressaltado, ainda, que a ausência de nova oitiva dos menores em juízo não causou nenhum prejuízo ao réu. O entendimento das instâncias ordinárias encontra amparo na jurisprudência desta Corte, motivo pelo qual se vislumbra o alegado cerceamento de defesa em razão da oitiva dos menores apenas no âmbito do inquérito policial e sem a observação estrita dos procedimentos dispostos na Lei n. 13.431/2017. Precedentes.

5. Ainda assim, conforme consignado pelo Tribunal de origem, a condenação do agravante não se lastreou apenas nas declarações dos menores prestadas extrajudicialmente, havendo, na realidade, um contexto fático-probatório convergente no sentido de confirmar as acusações imputadas ao réu - por meio da "brincadeira" denominada de "escurinho", realizada com os ofendidos em seu escritório, o acusado se aproveitava para pegar nas partes íntimas dos menores, os quais eram amigos de seu neto, além de fazê-los também tocarem um sua genitália, ameaçando-os posteriormente caso contassem os fatos a terceiros, além de lhe mostrarem vídeos com cenas de cunho sexual.

6. Desse modo, vislumbra-se que os depoimentos extrajudiciais das vítimas, os quais, inclusive, possuem especial validade, foram corroborados por outras provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (como as declarações das babás dos menores ofendidos e dos profissionais do CREAS que fizeram a oitiva dos menores e elaboraram o relatório psicossocial acostado aos autos), não havendo falar, portanto, em violação do art. 155 do CPP e nem mesmo em absolvição do agravante por fragilidade probatória.

7. A revisão da conclusão das instâncias ordinárias para se acatar a tese de que a condenação foi amparada exclusivamente em elementos colhidos na fase inquisitorial e de que o agravante não cometeu o delito em questão, ou que não agiu com dolo, demandaria o necessário revolvimento do conjunto fático-probatório do feito, o que se mostra inviável nesta via especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

8. A conclusão apresentada pelo Tribunal a quo, ao

deixar de desclassificar a conduta do agravante do crime previsto no art. 217-A do CP para o delito disposto no art. 215-A do mesmo Diploma Legal, encontra respaldo na consolidada jurisprudência desta Corte, firmada no julgamento do Tema n. 1121 sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, em que foi estabelecida a seguinte tese: "presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)" (REsp n. 1.959.697/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 1/7/2022). Outrossim, entende-se que a violência contra o menor de 14 anos é presumida, sendo desnecessária a efetiva agressão ou a grave ameaça contra a vítima incapaz para a caracterização do delito de estupro de vulnerável.

9. A dosimetria da pena somente pode ser revista por este Tribunal em casos excepcionais de flagrante equívoco, porquanto deve ser respeitada a discricionariedade vinculada do julgador na análise das circunstâncias dos fatos criminosos. No caso, percebe-se que foram considerados elementos que extrapolam as elementares do delito de estupro de vulnerável e que demonstram uma maior reprovabilidade da prática criminosa, aptos a exasperar a pena-base.

10. Quanto à negação da culpabilidade, foi acertadamente considerado o fato de o agravante se tratar de Juiz aposentado, que inclusive trabalhou em projetos ligados à infância e à juventude. Em relação às circunstâncias do crime, também reputa-se válido o argumento de que o réu expôs arma de fogo para intimidar as crianças, além de se valer dos netos para atrair as vítimas. As consequências do delito igualmente merecem permanecer desvaloradas, pois, conforme consignado pelas instâncias ordinárias, os graves danos psicológicos sofridos pelos ofendidos foram comprovados pelo relatório psicossocial e pelos depoimentos das testemunhas.

11. Também deve ser mantida a agravante prevista no 61, II, "f", do CP, porquanto, conforme bem concluído pelo Tribunal Regional Federal - TRF, a sua incidência se mostra cabível "quando o agente comete o crime prevalecendo-se de relações de hospitalidade, assim entendida a estada provisória na casa de alguém, o que se verifica no caso em que os ofendidos frequentavam a residência do réu na condição de convidados". Assinala-se que, consoante entendimento deste Tribunal, a incidência da agravante concernente à relação de hospitalidade pressupõe, apenas, que o delito seja praticado durante a estadia provisória na casa de alguém, circunstância que reduz a vigilância da vítima, como na hipótese.

12. Em relação ao disposto no art. 71, caput, do CP, entendeu-se na decisão agravada ser razoável o pleito da

acusação para que fosse aplicado o aumento da pena pela continuidade delitiva na fração de 1/2 (metade), e não em 1/6, uma vez que os fatos ocorreram de agosto de 2015 a dezembro de 2016. Como se sabe, há uma dificuldade em se aferir, nos crimes sexuais, o número exato de condutas praticadas, sendo plausível o aumento da pena, em razão da continuidade delitiva, em patamar superior ao mínimo legal com lastro na longa duração dos sucessivos eventos delituosos, motivo pelo qual não há reparo a ser realizado no patamar adotado no decisum hostilizado.

13. Ante a incidência das Súmulas n. 7 e n. 83 desta Corte no tocante às insurgências apresentadas no recurso especial com lastro na alínea "a" do permissivo constitucional, reputo prejudicados os alegados dissídios jurisprudenciais. Ademais, ressalto que a simples transcrição das ementas dos acórdãos apresentados como paradigmas, conforme feito pela defesa, não é suficiente para a demonstração da suscitada divergência, conforme exigido pelo art. 1029, § 1º do Código de Processo Civil - CPC.

14. Agravo regimental parcialmente provido apenas para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

(AgRg no REsp n. 1.969.364/CE, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 31/5/2023.)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL - CP. AMEAÇA. ART. 147 DO CP. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. CONDUTA SOCIAL. 1.1) MAU COMPORTAMENTO FAMILIAR NÃO INERENTE AO TIPO PENAL. 1.2) CONSIDERAÇÃO NA PENA-BASE QUE PRESCINDE ESTAR DESCRITA NA DENÚNCIA. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 33 DO CP. REGIME MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. 3) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "Para avaliação da conduta social, "devem ser valorados o relacionamento familiar, a integração comunitária e a responsabilidade funcional do agente. Serve para aferir sua relação de afetividade com os membros da família, o grau de importância na estrutura familiar, o conceito existente perante as pessoas que residem em sua rua, em seu bairro, o relacionamento pessoal com a vizinhança, a vocação existente para o trabalho, para a ociosidade e para a execução de tarefas laborais" (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 128-129, grifei)" (AgRg no AREsp 1486598/SE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/8/2019, DJe 27/8/2019).

1.1. No caso, a conduta social foi valorada negativamente em razão do mau comportamento familiar do agravante, pois outras agressões não

constantes da denúncia foram noticiadas durante a instrução probatória.

1.2. "As circunstâncias judiciais, a serem analisadas para modular a pena-base, não estão atreladas aos fatos descritos na peça acusatória, mas sim à figura do acusado e aos elementos que circundam o delito. Assim, não há que se falar em princípio da correlação entre a denúncia e as vetoriais do artigo 59 do Código Penal. Precedentes" (AgRg no AREsp 1178691/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 3/5/2018, DJe 9/5/2018).

2. "Segundo reiteradamente proclama esta Corte, "estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, é possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu" (HC 446.919/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)" (AgRg no HC 603.617/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 23/10/2020).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.845.072/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 22/6/2021.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 411 DO CPP. IMPUGNAÇÃO DEFICIENTE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. INEXISTÊNCIA DE NULIDADES NA INSTRUÇÃO. ARTS. 188 E 212, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PEDIDO ABSOLUTÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA DEVIDAMENTE MOTIVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não há prequestionamento do art. 411 do CPP. Com efeito, apesar da oposição dos embargos de declaração, o Tribunal de origem não se manifestou sobre a matéria tratada no dispositivo legal. Tampouco pode ser admitido o prequestionamento ficto do tema, pois o recurso especial não demonstrou ofensa ao art. 619 do CPP no ponto, para que fosse possível aferir eventual omissão da Corte local. Precedentes.

2. A falta de impugnação ao acórdão recorrido atrai a incidência da Súmula 283/STF.

3. É lícito ao juiz formular perguntas às testemunhas e ao réu durante a instrução. Inteligência dos arts. 188 e 212, parágrafo único, do CPP.

4. Tendo a Corte local apontado suficientemente as provas de autoria e materialidade delitivas, o pedido absolutório esbarra na Súmula 7/STJ.

5. O abuso de confiança da família da vítima e as graves consequências psíquicas por ela suportadas (exigindo inclusive a submissão a tratamento psicológico) autorizam a exasperação da pena-base.

6. *Agravo regimental desprovido.*
(AgRg no REsp n. 2.064.937/PI, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023.)

Ainda, ressalte-se que não há critério matemático balizador de aumento da pena-base por cada circunstância judicial considerada negativa, e sim um controle de legalidade para averiguar se houve fundamentação concreta para o incremento.

Outrossim, nos termos do entendimento desta Corte, considerando o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo) a incidir sobre o intervalo de condenação previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador (AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1617439/PR, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 28/9/2020).

No caso dos autos, apresentados fundamentos idôneos a justificar a elevação da pena-base, o *quantum* de aumento de 1/4 se mostra proporcional e até mesmo benéfico ao réu, haja vista a indicação de três circunstâncias judiciais desfavoráveis.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INAPLICABILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Na primeira fase da dosimetria, o quantum de aumento na pena-base a ser implementado em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do Juiz, não estando vinculado exclusivamente a um critério puramente matemático.

2. Hipótese em que o acréscimo da pena em 1/4 (um quarto), ou seja, 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão não se mostra desproporcional ou desarrazoado, em razão da quantidade e natureza de uma das drogas apreendidas, bem como dos antecedentes do Agravante, notadamente se considerado o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos de reclusão).

3. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no HC n. 694.208/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NAO CABIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. LATROCÍNIO.

DECLASSIFICAÇÃO, CRIME ÚNICO E FRAÇÃO REDUTORA PELA TENTATIVA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO WRIT. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE. QUANTUM DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE OBSERVADAS. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Quanto ao pleito de desclassificação do delito, as instâncias antecedentes, após o exame de todo o acervo fático-probatório, reconheceram a prática pelo paciente do crime de latrocínio tentado, de modo que alteração dessa conclusão depende de nova análise probatória, o que é incompatível com os estreitos limites cognitivos do habeas corpus.

III - Executados os crimes em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, está configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos. Confirmam-se os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n. 1.910.762/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 12/11/2021; e AgRg no AREsp n. 1.572.641/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 3/3/2022.

IV - No tocante à primeira fase da dosimetria da pena, o julgador, no limite de sua atividade discricionária, deve estipular o quantum da reprimenda necessária à reprovação e à prevenção do delito, respeitados os parâmetros previstos no art. 59 do CP e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Destaca-se que "o art. 59 do Código Penal não atribui pesos igualitários para cada uma das circunstâncias judiciais ali previstas, de modo a requerer uma operação aritmética ente o mínimo e o máximo de pena cominado.

Assim, é possível que seja fixada a pena-base no máximo legal, mesmo que haja apenas uma circunstância judicial desfavorável, desde que o magistrado adote fundamentação apta a justificar tal medida" (AgRg no HC n. 500.135/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 25/6/2019).

V - No caso, as instâncias ordinárias, na primeira fase dosimétrica, apresentaram fundamentos concretos para corretamente majorar a pena, com base nas particularidades do caso. Nesse contexto, o aumento acima no patamar de 1/2, operado pelo Tribunal estadual, decorre da especial gravidade do delito, que, alicerçada em fundamentação idônea, encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

VI - É assente o entendimento do STJ de que mesmo nas hipóteses de confissão qualificada deve incidir a atenuante do art. 65, III, d, do CP, desde que tenha sido utilizada como elemento de convicção do julgador. No caso, com base nos trechos transcritos, verifica-se que as instâncias ordinárias não reconheceram a confissão parcial do paciente porquanto não foi utilizada para fundamentar a condenação, destacando que o édito condenatório fora lastreado nas demais provas produzidas.

VII - No tocante à fração de redução da pena pela tentativa, "a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição" (HC n. 527.372/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo - Desembargador convocado do TJ/PE, DJe de 19/12/2019; e AgRg no HC n. 653.040/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 26/11/2021). Na hipótese, o Tribunal de origem ponderou que "o iter criminis ficou próximo de ser percorrido na totalidade, considerando que não somente foi apontada a arma de fogo na direção dos agentes policiais, como foram feitos diversos disparos na direção deles".

Diante disso, concluiu que o iter criminis foi intermediário.

Entendimento em sentido contrário, com reflexo no quantum da redução decorrente da tentativa, demandaria o reexame da moldura fática e probatória delineada nos autos, procedimento inviável na via eleita do writ.

VIII - A toda evidência, o decisor agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 762.414/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023.)

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCABÍVEL. EXPRESSIVIDADE DO VALOR SONEGADO. DESVALOR DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. QUANTUM DE AUMENTO. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. PROPORCIONALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE DIMINUIÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO. INCABÍVEL. NÚMERO DE INFRAÇÕES. REGIME INICIAL SEMIABERTO JUSTIFICADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PLEITO DE DIMINUIÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE DO VALOR FIXADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Pedido de fixação da pena-base no mínimo legal. Com efeito, "segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a exasperação da pena-base com fundamento nas consequências do crime em razão do valor da sonegação fiscal, quando considerado expressivo" (AgRg no AREsp n. 1.778.761/PB, Sexta Turma, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), DJe de 04/10/2021). In casu, o valor sonegado é expressivo: R\$ 1.712.279,25 (um milhão setecentos e doze mil duzentos e setenta e nove reais e vinte e cinco centavos).

III - Quantum acrescido à pena-base. Inexistência de critério matemático. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito. Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal, indicando, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal. Além disso, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, como ocorreu no caso. Precedentes.

IV - Continuidade delitiva. Pleito de diminuição da fração de aumento. É iterativa a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a exasperação da reprimenda, em razão da continuidade delitiva, prevista no art. 71, caput, do Código Penal, se dá em função do número de infrações praticadas: 2 (duas) dá azo ao aumento de 1/6 (um sexto); 3 (três) correspondem a 1/5 (um quinto); 4 (quatro) enseja 1/4 (um quarto); 5 (cinco) majora-se em 1/3 (um terço); 6 (seis) exaspera-se em 1/2 (um meio); e 7 ou mais infrações na razão de 2/3 (dois terços). Na hipótese

em foco, embora a Corte originária não tenha explicitado o número de infrações, está evidente que foi considerado, para tanto, o número de 04 (quatro), haja vista o número de exercícios financeiros em que os tributos federais foram sonegados: de 2001 a 2004.

V - No que toca ao regime de resgate de pena, ressalte-se que "o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, apenas ao quantum de reprimenda imposto. Pena definitiva inferior a 4 anos de reclusão, réu primário e circunstâncias judiciais desfavoráveis indicam o regime inicial semiaberto como o mais adequado, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea 'b', e 3º, do Código Penal" (AgRg no REsp n. 1.735.388/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 07/12/2018).

VI - Pleito de diminuição da prestação pecuniária. A prestação pecuniária em questão tem a finalidade de antecipar a reparação de danos causados pelo crime. Assim, deve existir proporcionalidade com o montante do prejuízo sofrido pela vítima. Nessa senda, a prestação pecuniária, nos termos do art. 45, caput, § 1º, do Código Penal, destina-se a vítima e será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil.

VII - A par disso, não se mostra desproporcional ou desarrazoado a fixação do valor de 15 (quinze) salários-mínimos, haja vista o montante do prejuízo - R\$ 1.712.279,25 (um milhão setecentos e doze mil duzentos e setenta e nove reais e vinte e cinco centavos) - e a renda mensal aferida pela paciente - R\$ 12.000,00 (doze mil reais) mensais.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 714.805/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 3/5/2022.)

Acerca da aplicação da agravante de reincidência na segunda fase da dosimetria, assim fundamentaram as instâncias de origem:

Sentença:

"Deve-se atentar, ainda, pela presença da agravante da reincidência, prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, conforme FA de fls. 180/183 e certidão de fls. 347/349 (autos n. 0007115-36.2003).

[...]

Não concorrem circunstâncias atenuantes. Concorrendo a circunstância agravante da reincidência, prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, (FA fls. 180/183 e certidão de fls. 347/349), agravo a pena em 1/6, fixando-a em 12 (doze) anos e 10 meses de reclusão, toara cada um dos crimes." (fls. 40/41)

"Acórdão:

Na segunda fase, as reprimendas foram aumentadas na fração de 1/6 (um sexto), tendo em conta a agravante da reincidência, comprovada pela certidão de fls.

Com efeito, observa-se que as instâncias ordinárias concluíram pela aplicação da agravante da reincidência, indicando para tanto a certidão comprobatória e o número da ação penal correspondente.

De outro lado, não se desincumbiu a Defesa do ônus de colacionar aos autos cópia da certidão de antecedentes criminais, a fim de oportunizar o cotejo da vida pregressa do réu, de maneira que a instrução deficiente do writ sequer permite a verificação de eventual constrangimento ilegal pela utilização de condenação anterior cujo período depurador já tivesse sido ultrapassado.

Nesse sentido, colaciono precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. USO DE DOCUMENTO FALSO. PENA-BASE. UTILIZAÇÃO DE ANTECEDENTES JÁ ATINGIDOS PELO PERÍODO DEPURADOR. POSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A recente jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o lapso temporal deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes (REsp n. 1.707.948/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 16/4/2018). Nessa linha, entende-se majoritariamente que condenações pretéritas, cuja extinção da pena tenha ocorrido mais de 10 anos anteriormente à prática do delito superveniente, não podem ser utilizadas para fins de valoração negativa dos maus antecedentes.

2. No caso, contudo, a defesa nem sequer se desincumbiu do ônus de colacionar aos autos cópia da certidão de antecedentes criminais do recorrente, a fim de oportunizar o cotejo de sua vida pregressa com a atual jurisprudência desta Corte sobre a utilização de condenação anterior cujo período depurador já tiver sido ultrapassado, não sendo possível o conhecimento do habeas corpus, no ponto.

3. Não há ilegalidade em decorrência da fixação do regime inicial mais gravoso, sendo o recorrente portador de maus antecedentes e presente a agravante da reincidência, ainda que o quantum de apenamento tenha sido estabelecido em patamar inferior a 4 anos.

Precedentes.

4. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no HC n. 769.539/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 16/2/2023.)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO

ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A AFIRMAÇÃO JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação à culpabilidade do agente.

2. **Impossível infirmar a conclusão de existência dos maus antecedentes e da agravante da reincidência, quando a Defesa, detentora do ônus de demonstrar de plano o constrangimento ilegal suportado pelo Paciente, não junta a folha de antecedentes penais ou certidão cartorária equivalente aos autos, não permitindo, assim, se aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente writ, o Paciente ostentava ou não, de fato, condenações definitivas anteriores.**

3. Habeas corpus parcialmente concedido, a fim de, mantendo a condenação pelos crimes de de tráfico de drogas e associação para o tráfico, reduzir a majoração das penas-base, fixando cada uma das reprimendas em 6 anos e 5 meses de reclusão e 630 dias-multa, o que resulta na pena total de 12 anos e 10 meses de reclusão e 1260 dias-multa, no piso.

(HC n. 182.554/MS, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/4/2012, DJe de 27/4/2012.)

Em outro ponto, a fração de aumento de 2/3 atribuída à continuidade delitiva foi assim fundamentado no acórdão questionado:

"E, ainda na derradeira etapa do cálculo dosimétrico, aplicando-se a regra da continuidade delitiva (artigo 71, . caput, do Código Penal), em relação aos delitos contra as ofendidas A C e A L, as penas de um dos crimes praticados contra cada uma delas foi aumentada na fração máxima de 2/3 (dois terços), considerando que os delitos foram praticados por longo período de tempo (por aproximadamente 10 anos - A C - e 04 anos - A L), perfazendo 29 (vinte e nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, para cada vítima."(fl. 57)

Quanto ao aumento pela continuidade delitiva, o entendimento deste Tribunal Superior estabeleceu-se no sentido de que "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" (AgRg no REsp 1.169.484/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2012).

Entretanto, a jurisprudência iterativa desta Corte se firmou no sentido de que nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, é adequada a fixação de aumento referente à continuidade delitiva em patamar superior ao mínimo, quando o delito foi perpetrado durante certo lapso temporal, sendo, nesse contexto, desnecessário precisar exatamente quantas vezes ocorreu o evento criminoso.

O referido entendimento foi recentemente confirmado no julgamento do Tema Repetitivo n. 1.202, ocasião em que foi estabelecida a seguinte tese:

"No crime de estupro de vulnerável, é possível a aplicação da fração máxima de majoração prevista no art. 71, caput, do Código Penal, ainda que não haja a delimitação precisa do número de atos sexuais praticados, desde que o longo período de tempo e a recorrência das condutas permita concluir que houve 7 (sete) ou mais repetições".

Transcrevo, ainda, a ementa do julgado paradigma (REsp n. 2.029.482/RJ):

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO INDETERMINADO DE ATOS SEXUAIS. FRAÇÃO DE MAJORAÇÃO DA PENA. CRIMES PRATICADOS POR LONGO PERÍODO DE TEMPO. RECORRÊNCIA DAS CONDUTAS DELITIVAS. PRÁTICA INEQUÍVOCA DE MAIS DE 7 (SETE) REPETIÇÕES. POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO MÁXIMA. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TIPOS PENAS DIVERSOS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA.

1. A continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, é instituto da dosimetria da pena concebido com a função de racionalizar a punição de condutas que, embora praticadas de forma independente, estejam inseridas dentro de um mesmo desenvolvimento delitivo. Por opção legislativa e critérios de política criminal, a lei penal afasta excepcionalmente a aplicação do concurso material e impõe uma única punição àqueles casos nos quais os crimes subsequentes possam ser tidos como continuação de um primeiro delito, de acordo com a análise das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

2. A compreensão jurisprudencial uníssona desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, diante da prática de apenas 2 (duas) condutas em continuidade, deve-se aplicar o aumento mínimo previsto no art. 71, caput, do Código Penal, qual seja, 1/6 (um sexto). A partir desse piso, a fração de aumento deve ser aumentada gradativamente, conforme o número de condutas em continuidade, até se alcançar o teto legal de 2/3 (dois terços), o que ocorre a partir da sétima conduta delituosa.

3. A adoção do critério referente ao número de condutas praticadas suscita questões específicas nos crimes de natureza sexual, especialmente no delito de estupro de vulnerável, em razão do triste contexto fático que frequentemente se constata nestes crimes.

Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública - 2023 acerca da violência sexual infantil, ao longo de 2022 houve, no Brasil, 56.820 registros policiais de estupro de vulnerável. Desse total, 72,2% dos casos ocorreram na própria residência da vítima e em 71,5% dos casos o estupro foi cometido por um familiar.

4. A proximidade que o autor do delito de estupro de vulnerável normalmente possui com a vítima, a facilidade de acesso à sua residência e a menor capacidade que os vulneráveis possuem de se insurgir contra o agressor são condições que favorecem a repetição silenciosa, cruel e indeterminada de abusos sexuais. Não raras vezes, cria-se um ambiente de submissão perante a vítima ao agressor, naturalizando-se a repetição da violência sexual como parte da rotina cotidiana de crianças e adolescentes. Nessas hipóteses, a vítima, completamente subjugada e objetificada, não possui sequer condições de quantificar quantas vezes foi violentada.

A violência contra ela deixou ser um fato extraordinário, convertendo-se no modo cotidiano de vida que lhe foi imposto.

5. A torpeza do agressor, que submeteu a vítima a abusos sexuais tão recorrentes e constantes ao ponto de tornar impossível determinar o número exato de suas condutas, evidentemente não pode ser invocada para se pleitear uma majoração menor na aplicação da continuidade delitiva. Nos crimes de natureza sexual, o critério jurisprudencial objetivo para a fixação da fração de majoração na continuidade delitiva deve ser contextualizado com as circunstâncias concretas do delito, em especial o tempo de duração da situação de violência sexual e a recorrência das condutas no cotidiano da vítima, devendo-se aplicar o aumento no patamar que, de acordo com as provas dos autos, melhor se aproxime do número real de atos sexuais efetivamente praticados.

6. No caso, a Corte estadual esclareceu que a Vítima, com apenas 11 (onze) anos de idade no início das condutas delitivas, foi submetida pelo Acusado aos mais diversos tipos de atos libidinosos, de modo frequente e ininterrupto, ao longo de cerca de 4 (quatro) anos.

Estas circunstâncias fáticas tornam plenamente justificada a majoração da pena, em decorrência da continuidade delitiva, na fração máxima de 2/3 (dois terços).

7. Não é possível a aplicação da continuidade delitiva entre os delitos de estupro qualificado (art. 213, § 1.º, do Código Penal) e estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), pois se tratam de tipos penais que tutelam bens jurídicos diversos e que possuem circunstâncias elementares bastante distintivas. Enquanto o estupro de vulnerável tutela a dignidade sexual e o direito

ao desenvolvimento da personalidade livre de abusos, o estupro qualificado tutela a liberdade sexual e o direito ao exercício da sexualidade sem coações. No caso, verifica-se que ambos os bens jurídicos foram violados, pois o Recorrido violou a dignidade sexual da criança, convertendo-a em instrumento sexual quando ela sequer era capaz de consentir com os atos praticados, bem como, posteriormente, violou a liberdade sexual da adolescente, privando-a da liberdade de consentir ao constrangê-la mediante o emprego de grave ameaça.

8. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese: "No crime de estupro de vulnerável, é possível a aplicação da fração máxima de majoração prevista no art. 71, caput, do Código Penal, ainda que não haja a delimitação precisa do número de atos sexuais praticados, desde que o longo período de tempo e a recorrência das condutas permita concluir que houve 7 (sete) ou mais repetições".

9. Recurso especial provido.

(REsp n. 2.029.482/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 17/10/2023, DJe de 20/10/2023.)

Na hipótese, considerando o extenso período em que a conduta foi praticada - aproximadamente 10 anos quanto à vítima A C, e 4 quanto à vítima A L -, e a despeito da impossibilidade de indicação precisa de quantos atos criminosos foram cometidos, mostra-se justificada a adoção da fração máxima de 2/3 pela continuidade delitiva.

Desse modo, não se verifica a existência de ilegalidade na decisão impugnada.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao presente agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 861.180 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0373505-1

Número de Origem:
00065886920128260271 65886920128260271

Sessão Virtual de 10/09/2024 a 16/09/2024

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CAROLINE LANDIM PEREIRA
ADVOGADO : CAROLINE LANDIM PEREIRA - SP412853
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : M M B DE L (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : M M B DE L (PRESO)
ADVOGADO : CAROLINE LANDIM PEREIRA - SP412853
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 10/09/2024 a 16/09/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 16 de setembro de 2024