

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.433.781 - MG (2019/0020900-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
AGRAVADO : **Z A B (PRESO)**
ADVOGADO : **JOSIAS NETO ALVES MIRANDA - MG142975**

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça local, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 234):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ESTUPRO QUALIFICADO - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA DO "PARQUET" - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO - PENAS-BASE - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA - RECONHECIMENTO - VIABILIDADE - CUSTAS - ISENÇÃO - MATÉRIA AFETA À EXECUÇÃO PENAL. Tendo os fatos sido praticados, em continuidade delitiva, sob a vigência da Lei nº 12.015/09, não há que se falar em nulidade do feito por ilegitimidade ativa do Parquet, ou em extinção da punibilidade pela decadência, uma vez que os crimes contra a dignidade sexual praticados contra vítima menor de dezoito (18) anos ou vulnerável passaram a proceder-se mediante ação penal publica incondicionada. Havendo comprovação da materialidade e da autoria dos crimes, bem como do elemento subjetivo dos injustos penais previstos nos artigos 217A e 213, § 1º, ambos do Código Penal, não há como acolher a pretensão defensiva de absolvição por insuficiência de provas. Demonstrado que o agente, mediante várias ações, por várias vezes, constrangeu as vítimas à prática de conjunção carnal e atos libidinosos diversos, inviável o reconhecimento de crime único. Existindo circunstância judicial desfavorável, correta a fixação das penas-base acima do mínimo legal. Tendo o agente praticado, por diversas vezes, crimes dolosos da mesma espécie, com emprego de grave ameaça contra vítimas diversas, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, mostra-se cabível a aplicação da regra da continuidade delitiva específica, em detrimento do concurso material. É na fase da execução que a alegada miserabilidade jurídica do condenado deverá ser examinada, a fim de se conceder ou não, a isenção de custas.

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a parte recorrente violação dos artigos 59, 69 e 71, parágrafo único, do CP. Sustenta que o aumento referente a continuidade específica deve ser aplicado no dobro ou triplo, tendo em vista que os crimes de estupro e estupro de vulnerável foram praticados contra vítimas diferentes, irmãs do réu, por reiteradas vezes, por longo período de tempo (2006 a 2015).

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 332/347), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 349/352), tendo sido apresentado o presente agravo.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 396/399).

É o relatório. **Decido.**

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

O recurso merece acolhida.

O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, o art. 71, *caput*, do Código Penal, exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; e III) condições semelhantes de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

No que tange à continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, além daqueles exigidos para aplicação do benefício penal da continuidade delitiva simples, são requisitos que os crimes praticados: I) sejam dolosos; II) realizados contra vítimas diferentes; e III) cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Nessa linha, segundo entendimento firmado por esta Corte Superior, *estabelecido o espectro de exasperação entre 1/6 (um sexto) e o triplo, infere-se da norma que a fração de aumento da continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, é determinada pela combinação de elementos objetivos - quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa - e subjetivos, consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime* (HC n. 293.130/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 12/12/2016).

Na espécie, o Tribunal *a quo*, ao afastar o concurso material aplicado pela sentença e entender pela continuidade delitiva específica, destacou (e-STJ fls. 245/246):

In casu, constata-se que houve uma homogeneidade de execução dos delitos praticados contra ambas as vítimas, uma vez que em todos os casos o apelante utilizou-se do mesmo modus operandi, qual seja: prevalecendo-se da autoridade que exercia sobre as ofendidas, na condição de irmão, constrangeu-as a com ele praticar conjunção carnal e atos libidinosos, por diversas vezes, sempre se aproveitando das oportunidades em que os pais não se encontravam em casa.

Assim, o apelante, para a prática de todos os crimes, se valeu das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devendo os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, nos termos do artigo 71, parágrafo primeiro, do Código Penal, in verbis:

Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Destarte, reconhecida a continuidade delitiva específica entre todos os crimes contra a dignidade sexual, tomo a pena de um só deles, vez que idênticas - doze (12) anos de reclusão e, tendo em vista que os crimes de estupro foram praticados contra cada uma das vítimas, por longo período de tempo, com fulcro no

*artigo 71, § único do Código Penal, aumento-a de metade (1/2),
resultando-a em dezoito (18) anos de reclusão*

Verifica-se, na espécie, que o acusado praticou os delitos dos artigos 217-A e 213, §1º, c/c 226, inciso II, do CP contra duas vítimas, suas irmãs, mediante grave ameaça real, em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução, por diversas vezes, entre os anos de 2006 e 2015, sem interrupções, configurando, assim, o crime continuado específico, previsto no parágrafo único do art. 71 do CP, que dispõe:

Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Quanto ao aumento empregado, a Corte de origem tomou a pena de um só deles, uma vez que idênticas - 12 anos de reclusão -, e aumentou no patamar de 1/2, o que resultou em 18 anos de reclusão.

Assim, no caso, tratando-se de diversas condutas praticadas, entre os anos de 2006 e 2015, contra duas vítimas distintas, tendo uma 10 e outra 14 anos, quando iniciados os atos, considerando a dinâmica dos fatos, em que o réu aproveitava da ausência dos pais, para forçar suas irmãs (ameaçadas de agressão e morte), a praticar conjunção carnal e/ou outros atos libidinosos, cujas consequências foram consideradas negativas para a fixação da pena-base (*consequências dos crimes, que realmente extrapolaram aquele ínsito ao tipo penal, uma vez que, conforme registrado na sentença, as vítimas, após os fatos, ficaram traumatizadas, amedrontadas e com dificuldade de relacionamento, inclusive, L.A.B. apresentava quadro de depressão, tudo conforme estudo social de f. 67-69 - e-STJ fls. 245*), o quantum de exasperação da pena, na

terceira fase da dosimetria, pela configuração do crime continuado específico, deve ser aumentado em 2/3, o que se mostra proporcional à gravidade da conduta.

Nessa linha, os seguintes julgados:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CORRUPÇÃO DE MENORES. SENTENÇA. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÚMERO DE CRIMES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERDA DO CARGO PÚBLICO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Para a caracterização da continuidade delitiva específica (art. 71, p. único, do CP), o legislador não fez qualquer diferenciação quanto ao tipo de violência empregada.

[...]

3. A fração de aumento pela continuidade delitiva específica pressupõe a análise de requisitos objetivos (quantidade de crimes praticados) e subjetivos, estes consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime. Precedentes desta Corte.

4. In casu, o magistrado sentenciante logrou êxito em fundamentar, com base em elementos concretos, o recrudesimento sancionatório no triplo, ou seja, no máximo permitido em lei. Trata-se de 8 crimes de atentado violento ao pudor praticados por servidor público contra vítimas variadas, pobres e de tenra idade, com emprego de violência, tentativa de ocultação dos delitos e cujas consequências são graves abalos psicológicos às vítimas.

5. A questão atinente à falta de fundamentação para aplicação da pena de perda do cargo público não foi objeto de exame pelo Tribunal de origem, a ilustrar indevida supressão de instância.

6. Ordem denegada. (HC 439.471/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 13/08/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE.

EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NÚMERO DE MAJORANTES. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REDUZIR À FRAÇÃO MÍNIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. MAJORADA NO TRIPLO. CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME BASTANTE DESFAVORÁVEIS. ONZE ROUBOS, EM CONCURSO, COM VÍTIMAS DIFERENTES E VIOLÊNCIA COM GRAVE AMEAÇA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. QUANTUM PROPORCIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, o Enunciado Sumular n. 443 desta Corte. In casu, as instâncias ordinárias utilizaram-se tão somente do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo. Dessa forma, resta evidenciado o constrangimento ilegal, devendo a pena dos pacientes ser reduzida ao mínimo legal de 1/3 na última fase de dosimetria.

3. É certo que o legislador penal deixou a cargo do Magistrado a escolha do patamar de aumento de pena quando praticado o crime continuado, podendo aplicar a fração entre 1/6 e 2/3. Desse modo, a jurisprudência desta Corte orienta no sentido da adoção da 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. Todavia, tratando-se de crimes dolosos, cometidos com violência e grave ameaça contra vítimas diferentes, aplica-se o parágrafo único do art. 71 do Código Penal, em que há possibilidade de aumentar a pena até o triplo, sendo a proporção determinada pela combinação de elementos objetivos - quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou

grave ameaça à pessoa - e subjetivos, consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime. Na hipótese, o quantum de agravamento da pena está fundamentado, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, haja vista que foram 11 crimes de roubo e a pena-base foi majorada acima do mínimo legal pelo Magistrado sentenciante e mantida pela Corte estadual, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, restando suficientemente adequada e proporcional ao caso em análise a majoração da pena no triplo.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal a quo proceda a nova dosimetria da pena, devendo incidir a fração mínima de aumento (1/3) na terceira fase, com extensão dos efeitos ao corréu, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. (HC 443.091/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 14/08/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA ENTRE DOIS CRIMES DE ROUBO. ESPECTRO DE EXASPERAÇÃO ENTRE 1/6 E O TRIPLO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR ÀQUELA DETERMINADA PELO NÚMERO DE INFRAÇÕES. DESPROPORCIONALIDADE NA EXASPERAÇÃO PROMOVIDA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. A lei somente estipula a exasperação máxima da continuidade delitiva específica (até o triplo), não apontando a fração mínima aplicável. Contudo, em sintonia com o caput do art. 71 do Código Penal, impõe-se a utilização do parâmetro mínimo de 1/6, sob pena da continuidade delitiva específica tornar-se inútil, por ser substituída pelo concurso material, cujo critério do cúmulo material é o teto da exasperação da continuidade. Por

consequinte, na quase totalidade das vezes seria a exasperação descartada a adoção do critério do art. 69 do Código Penal.

4. Estabelecido o espectro de exasperação entre 1/6 (um sexto) e o triplo, infere-se da norma que a fração de aumento da continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, é determinada pela combinação de elementos objetivos - quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa - e subjetivos, consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime.

5. No caso, considerando a prática de três crimes de estupro, a valoração positiva das circunstâncias judiciais na pena-base, a exasperação no dobro mostra-se desproporcional, porquanto, em se tratando de crime continuado específico, não havendo circunstâncias desabonadoras, componentes do critério subjetivo de valoração, deve prevalecer unicamente o número de infrações cometidas em continuidade. Outrossim, não é devido ao juízo da execução revalorar as circunstâncias do crime (e-STJ, fl. 158), como ocorreu no presente caso, para considerar desabonadora a culpabilidade, na hipótese em que tal circunstância assim não foi considerada na ação de conhecimento. Nesse diapasão, de rigor a aplicação da fração de aumento de 1/5 ao crime de maior pena (9 anos), o que resulta na pena final de 10 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena definitiva 10 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, relativa aos três crimes de estupro, contra as três vítimas. (HC 440.465/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)

Assim, mantidos os critérios estabelecidos na Corte de origem, aplico o aumento em 2/3 pela continuidade delitiva específica, sendo a pena definitiva do acusado fixada em 20 (vinte) anos de reclusão.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", parte final, do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, para aplicar o aumento da continuidade delitiva específica no dobro, redimensionando a pena do acusado para 20 (vinte) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

