AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.423.473 - CE (2019/0000768-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	F F V
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por F F V em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 225):

> *EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. GENITOR. CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA. CULPABILIDADE E CONSEQÜÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. ANÁLISES ESCORREITAS. ATENUANTE INOMINADA. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO QUE JUSTIFIQUE SUA INCIDÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIDA EM SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. A Togada, ao individualizar a sanção penal, deve analisar com esmero todos os elementos que circundam o fato delitivo, a fim de enquadra-lo nos critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, com o escopo de fixar a reprimenda de forma justa e fundamentada, atingindo desta maneira a necessária e suficiente reprovação do crime.*
>
> *2. In casu, as fundamentações utilizadas para avaliar negativamente os vetores "culpabilidade" e "circunstâncias do delito" mostram-se idôneas e desbordam dos elementos contidos no tipo penal em abstrato.*
>
> *3. Não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal se existem circunstâncias judiciais desfavoráveis suficientes para autorizar tal exasperação.*
>
> *4. A atenuante inominada prevista no art. 66 do Estatuto Repressivo poderá incidir no cálculo da pena quando o julgador verificar a presença de alguma circunstância que denote menor culpabilidade do agente e que não esteja prevista no rol do art. 65 do CP.*
>
> *5. Arbitrado ao juiz a aplicação de referida atenuante e verificado as peculiaridades do caso concreto, não perfilho do*

> *entendimento do recorrente de que seja obrigatória sua incidência diante do fato do réu declarar ter sido vítima, também, de abuso sexual quando criança. Dessarte, a prova incumbirá a quem fizer a alegação, nos termos do art. 156 do CPP.*
>
> *6. Se a atenuante da confissão espontânea é reconhecida na sentença, inócuo o pedido de concessão de referido benefício.*
>
> *7. O quantum da pena aplicada ao recorrente encontra-se dentro dos parâmetros da razoabilidade, da proporcionalidade c da adequação ao caso concreto, em patamar necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.*
>
> *8. Recurso a que se nega provimento.*

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega violação do art. 463, inciso I, do CPP e do artigo 59 do CP. Sustenta: (i) a ocorrência de erro material na aplicação do art. 217-A do CP, uma vez que a conduta delitiva iniciou-se em 2006; (ii) a redução da pena-base ao mínimo legal, uma vez que não houve fundamentação idônea para sua exasperação.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 267/271), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 273/276), tendo sido apresentado o presente agravo.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do agravo em recurso especial (e-STJ fls. 318/323).

É o relatório. **Decido**.

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

O recurso não merece acolhida.

Primeiramente, não há como enfrentar a tese acerca da ocorrência de erro material, quanto à aplicação do art 217-A do CPP e não do art. 224 do CP, uma vez que tal questão não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

Mesmo que superado tal óbice, segundo o acórdão recorrido, o delito em questão teve a sua consumação protraída para momento posterior ao advento da Lei n. 12.015/2009, uma vez que os crimes foram praticados de 2006 a 2015, o que atrai a aplicação à espécie da orientação jurisprudencial sumulada no verbete n. 711/STF (*A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência*), incidindo a conduta do réu no delito do art 217-A do CP.

Em segundo, o Tribunal *a quo*, ao manter a pena-base fixada pelo juízo sentenciante, consignou (e-STJ fls. 228/230):

> *A togada, ao individualizar a sanção penal, deve analisar com esmero todos os elementos que circundam o fato delitivo, a fim de enquadra-lo nos critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, com o escopo de fixar a reprimenda de forma justa e fundamentada, atingindo desta maneira a necessária e suficiente reprovação do crime.*
>
> *Na primeira fase da dosimetria, foram negativamente valoradas as circunstâncias judiciais da culpabilidade e da conseqüências do delito, analisadas na sentença objurgada da seguinte forma:*
>
> > *"CULPABILIDADE: No caso dos autos, a conduta do réu se não se exteriorizou pela simples consciência de infrigência das normas penais, revelando frieza, premeditação e crueldade, sendo alta a reprovabilidade de sua conduta, o que merece avaliação negativa;*
> > *(...)*
> >
> > *CONSEQÜÊNCIAS EXTRAPENAIS: Gravíssimas. A vítima tentou suicidar-se em face do ocorrido e , ademais, mostra claramente os incomensuráveis danos emocionais por ela sofridos, chegando a dizer que pensa que nunca mais se recuperará destes fatos, como consignado ao logo (sic) do decisum;"*
>
> *Com base nessas considerações, a magistrada singular fixou a pena-base do apelante em 10 (dez) anos e 08(oito) meses de reclusão.*
>
> *Dos excertos acima transcritos verifica-se que as duas vetoriais negativamente valoradas encontram-se devidamente fundamentadas, com base em elementos concretos extraídos do processo, nada havendo a reparar.*

> *A culpabilidade, como medida de pena, nada mais é do que o maior ou o menor grau de reprovabilidade da conduta, o que, no caso em análise, ficou plenamente demonstrado por meio de elementos concretos, os quais, de fato, demonstram merecer maior reprovação pela valoração negativa desta circunstância judicial.*
>
> *No caso dos autos, a instância ordinária justificou a maior culpabilidade ante a frieza, premeditação e crueldade empregada na prática do ato de concupiscência sexual, tanto que dos relatos da vítima e demais testemunhas colhe-se que o apelante tinha o hábito de agredir filha e companheira e aproveitava-se da ausência da esposa para executar práticas de lascívia contra uma menor de 05 anos, mediante carícias e penetração anal; situação que perdurou até a adolescência, momento em que seu algoz - o próprio genitor - tentou, também manter coito vaginal.*
>
> *As conseqüências do delito consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. No caso em tela, essa circunstância mostrou-se de extrema gravidade, porquanto causou à vítima pesado trauma, tendo inclusive tentado o suicídio, conforme declarações em Juízo.*
>
> *[...]*
>
> *In casu , as fundamentações utilizadas para avaliar negativamente os vetores "culpabilidade" e "circunstâncias do delito" mostram-se idôneas e desbordam dos elementos contidos no tipo penal em abstrato.*
>
> *Não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal se existem circunstâncias judiciais desfavoráveis suficientes para autorizar tal exasperação.*
>
> *[...]*

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Como visto dos trechos acima, a exasperação da pena-base em 1 ano decorreu das seguintes circunstâncias: culpabilidade (*frieza*,

premeditação e crueldade empregada na prática do ato de concupiscência sexual, tanto que dos relatos da vítima e demais testemunhas colhe-se que o apelante tinha o hábito de agredir filha e companheira e aproveitava-se da ausência da esposa para executar práticas de lascívia contra uma menor de 05 anos, mediante carícias e penetração anal; situação que perdurou até a adolescência, momento em que seu algoz - o próprio genitor - tentou, também manter coito vaginal) e consequências do crime (*extrema gravidade, porquanto causou à vítima pesado trauma, tendo inclusive tentado o suicídio, conforme declarações em Juízo*).

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC 272.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

Primeiramente, mostra-se possível a majoração da pena-base em patamar acima do mínimo legal em relação à culpabilidade, uma vez que estas ultrapassaram aquelas ínsitas ao tipo penal, em razão do acusado ter agido de forma premeditada e com crueldade na prática do ato de concupiscência sexual, tanto que dos relatos da vítima e demais testemunhas, colhe-se que o envolvido tinha o hábito de agredir filha e companheira, aproveitando-se da ausência da esposa para executar práticas de lascívia contra uma menor de 05 anos, mediante carícias e penetração anal; situação que perdurou até a adolescência, momento em que também tentou manter coito vaginal, fatos que aumentam e muito a censurabilidade da conduta praticada, justificando a exasperação da pena-base.

Em relação às consequências do delito, a Corte de origem decidiu pela sua reprovabilidade, uma vez que a vítima sofreu grande abalo psicológico, tendo, inclusive tentado o suicídio, conforme declarações em Juízo.

Ora, o aumento da pena-base no tocante à referida vetorial deve ser mantido, porquanto o órgão julgador utilizou de dados concretos acerca de eventuais danos psicológicos e comportamentais que teriam sofrido a vítima, o que demonstra a alteração na vida da ofendida a partir dos gravíssimos crimes praticados. Precedentes: HC 444.959/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 25/06/2018; HC 365.076/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017; HC 313.323/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016; AgRg no AREsp 711.125/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 06/10/2015; AgRg no HC 188.873/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013.

Dessa forma, deve ser mantida a pena-base fixada pelas instâncias de origem.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "b", do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator