

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.488.877 - DF (2019/0121176-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : N S DE A (PRESO)
AGRAVANTE : S M F A (PRESA)
ADVOGADO : DIVALDO THEOPHILO DE OLIVEIRA NETTO - DF002336
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por N S de A e S M F A em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 426):

PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FATO ANTERIOR À LEI 12.015/2009. MATERIALIDADE E AUTORIA. PENA-BASE.

Os crimes contra a dignidade sexual quase sempre ocorrem longe da presença de testemunhas, razão pela qual a palavra da vítima possui valor probatório especial, principalmente quando corroborada por outros elementos de prova, como no caso, em que os profissionais da escola e a psicóloga que atendeu a criança confirmaram a materialidade e a autoria do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 214 c/c o art. 224, a, ambos do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009.

Na pena-base, a culpabilidade não pode ser valorada negativamente pela idade da vítima, por se tratar de elemento inerente ao tipo penal. A confiança depositada pela família da vítima nos acusados, antes do crime, autoriza a valoração negativa das circunstâncias do crime, com o fim de majoração da pena-base.

Apelação parcialmente provida.

Interpostos embargos de declaração, esses foram rejeitados (e-STJ fls. 448/460).

Nas razões do recurso especial, alega a parte recorrente violação dos artigos 155, 156 e 386 do CPP e dos artigos 59 e 68 do CP.

Superior Tribunal de Justiça

Sustenta: (i) a ausência de prova para a condenação; (ii) que as declarações da vítima foram produzidas durante o inquérito policial, não tendo sido oportunizado o contraditório; (iii) que o aumento da pena-base em 6 meses foi exacerbado.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 515/519), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 521/524), tendo sido apresentado o presente agravo.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do agravo (e-STJ fls. 562/570).

É o relatório. **Decido.**

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

O recurso não merece acolhida.

Primeiramente, no que tange à ausência de provas robustas para a condenação do acusado, o Tribunal *a quo* consignou (e-STJ fls. 429/430):

[...]

Do pedido absolutório (insuficiência probatória)

A materialidade e a autoria delitivas estão devidamente demonstradas, consubstanciadas nos seguintes documentos: comunicação de ocorrência (fls. 4/6); relatório de entrevista técnica realizada com a vítima (fls. 11/4); termos de declarações (fls. 38/43); despacho de indiciamento (fls. 51/3); relatório final (fls. 61/2); além da prova oral produzida sob o crivo do contraditório (mídias de fls. 196 e 239).

O relatório da entrevista realizada com a vítima pela Seção de Atendimento Técnico da Delegacia Especial de Proteção à Criança e ao Adolescente informa que (fls. 11/4):

"(...) Acerca dos fatos em tela, contou 'Eu contei do pintinho e da bunda. Ela (referindo-se à pessoa da 'G.', psicóloga da criança) não ficou brava comigo'. Narrou: 'Eu falei do meu tio N., ele ficou falando para mim mostrar a bunda para ele e ficou mandando eu mexer com outras

Superior Tribunal de Justiça

pessoas', tendo dito que tais 'pessoas', seriam 'amigos da escola, da sala' da criança, citando-as: 'V H, A C e L (de 03, 04 e 05 anos de idade, respectivamente)'. Prosseguiu contando: 'Posso falar de lamber?' A criança foi solicitada a continuar seu relato e falou: 'Meu tio N. lambeu meu pinto e minha bunda. Chupa o meu pinto e lambe minha bunda' (tudo tendo ocorrido em contato direto com a pele). E eu chupo o pinto dele (descrevendo o órgão sexual do suposto autor como: 'Gigantesco e ele tinha uma bunda enorme'), ele pediu pra eu lamber também a bunda dele (de N.).' Com relação à S., disse que tal pessoa pedia à criança: 'chupa minha piriquita, lambe minha bunda e minha piriquita e chupa o meu peito. Eu e o meu tio N. fez, ela deixava eu e o tio N. chupar o peito dela'. Afirmando que 'beijou e chupou' a suposta autora, tendo dito ainda que: 'O peito dela é enorme, a piriquita gigantesca. Disse ainda: 'Tinha que chupar o pinto de tio N., chupar a bunda do tio N., pra lamber a piriquita, a bunda, pra lamber o peito dela (S.) já terminei (neste momento o entrevistado correu em direção aos brinquedos, recusando-se a falar mais sobre o assunto em questão). Demonstrou as situações vivenciadas com os bonecos anatomicamente perfeitos, pegando primeiro a boneca feminina, abaixando-lhe as vestes e dizendo: 'Chupa a minha piriquita?', neste momento respondeu como se fosse o boneco masculino, falou: 'Eu chupo!' (tendo colocado a genitália da boneca na boca do boneco). Em seguida, pegou o boneco (adulto) e colocou a região anal/glútea na região da boca do boneco (criança), falando: 'chupa a bunda?'. Logo depois, colocou o órgão genital masculino do boneco (adulto) na boca do boneco (criança), dizendo: 'Chupa o meu pintinho?' Finalizando da seguinte forma: 'O tio N. falou chupa meu pintinho, lambe minha bunda, pronto, já acabou'. Declarou que os episódios citados ocorreram 'na casa dele (de N.), tendo ainda explicado que a tal casa ficava: 'Na minha casa, dentro do meu portão', ou seja, no mesmo lote em que a criança residia, em datas das quais não foi capaz de precisar, tendo dito que ocorrera 'todo dia', não sabendo dizer se em algumas das ocasiões, os supostos autores fizeram ou não uso de bebidas alcoólicas. Afirmou que os fatos mencionados não lhe causaram qualquer tipo de dor e negou que tenha havido situação compatível com ejaculação de N.. Disse ainda: 'Eles (N. e S.) fazem a festa do pinto, da bunda, piriquito. Meus amigos (referindo-se a 'V H, A C e L') vão lá na casa do meu tio N., tira a roupa, a blusa, a cueca. Fez com meus amigos (segundo a criança, os supostos autores fazem as mesmas condutas libidinosas que sofrera,

Superior Tribunal de Justiça

com os 'amigos' de A.)' (...)."

É certo que o relatório técnico de entrevista supra foi produzido em sede policial, o que demanda a confirmação em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Foi produzida prova oral em juízo (mídias de fls. 196 e 239), com o destaque de que não foi possível a confirmação da materialidade pela realização de laudo pericial, pois atos libidinosos dessa natureza dificilmente deixam vestígios.

A genitora da vítima declarou que os acusados N. S. A. e S. M. F. A. cuidavam, respectivamente, das crianças (uma delas a vítima) e do imóvel. Com o tempo, os dois passaram a se relacionar e a babá, S. M. F. A., deixou de trabalhar para ela e passou a morar com o caseiro, N. S. A. Afirmou que foi convocada a comparecer à escola porque a vítima começou a apresentar um comportamento sexualizado, onde foi orientada a procurar atendimento psicológico para a criança. Ao longo do tratamento, a psicóloga G. M. J. informou-lhe que seu filho sofria abusos sexuais, razão pela qual a mãe registrou a ocorrência na Delegacia. Ressaltou que a vítima tinha amplo acesso à casa dos acusados e vice-versa.

A psicóloga G. M. J. disse que, na escola, a vítima foi flagrada ao manipular os órgãos genitais de outras crianças e, quando advertida, afirmou que o "tio" N. S. A. e a "tia" S. M. F. A. faziam aquilo com ele. Apesar de não se recordar os tipos de abusos descritos, declarou que a vítima sempre era categórica ao apontar os acusados como os responsáveis pelos atos libidinosos.

A testemunha Rodrigo, irmão da vítima, corroborou as declarações da mãe, além de alegar que à época dos fatos tinha um DVD pornográfico em casa, mas que não era acessível à vítima.

As testemunhas Luiz e Amantino limitaram-se a descrever favoravelmente a conduta social dos acusados e da genitora da vítima, sem contribuir a respeito dos fatos narrados na denúncia.

A informante Kelly declarou que a vítima sempre teve comportamento sexualizado e que já ouviu dela que seu irmão havia pedido para que ela "chupasse seu pinto".

Interrogados em juízo, os acusados negaram a autoria delitiva. Afirmaram que eram amigos da família, mas, após uma desavença em razão da propriedade de parte do terreno, foram incriminados injustamente.

Contudo, da análise dos autos, não se constata referência à suposta promessa de doação de parcela do terreno ou de algum fato que levasse a crer que a mãe da vítima tivesse motivos para

Superior Tribunal de Justiça

prejudicar os acusados. Ademais, não parece crível que uma mãe opte por submeter o próprio filho à uma situação constrangedora como a do presente caso com o fim de prejudicar terceira pessoa em razão de uma questão imobiliária.

Certo é que crimes contra a dignidade sexual quase sempre ocorrem longe da presença de testemunhas, razão pela qual a palavra da vítima possui valor probatório especial, principalmente quando corroborada por outros elementos de prova, como no caso, em que os profissionais da escola e a psicóloga que atendeu a criança confirmaram a materialidade e a autoria do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 214 c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009.

Como se nota, os elementos de informação colhidos ao longo do inquérito policial foram devidamente corroborados pela prova oral, produzida sob o crivo do contraditório, com destaque para o depoimento da psicóloga que atendeu a criança na época dos fatos.

Inviável, portanto, a absolvição dos apelantes por insuficiência probatória.

[...]

Ora, concluir pela absolvição dos envolvidos, por ausência de provas, como requer a parte recorrente, implica o revolvimento do conteúdo fático-probatório da demanda, providência vedada em recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

Prosseguindo, o art. 155 do Código de Processo Penal preconiza estar vedada a condenação do réu fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. Entretanto, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, em atendimento ao princípio da livre persuasão motivada, tais provas, desde que corroboradas por elementos de convicção produzidos na fase judicial, podem ser valoradas na formação do juízo condenatório, como ocorreu no caso concreto (AgRg nos EDcl no REsp 1537863/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 02/09/2019).

Superior Tribunal de Justiça

Precedentes: AgInt no HC 520.062/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 30/08/2019; AgRg nos EDcl no HC 500.594/PA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019; AgRg no HC 463.606/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 01/04/2019.

No que tange à dosimetria, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Superior Tribunal de Justiça

Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. Precedentes.

- No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 403.338/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem.

2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré.

3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.

4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três

Superior Tribunal de Justiça

condenações transitadas).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. ALTERAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT 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. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e, no caso do delito de roubo, deve ser observada a gravidade do delito, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico, verificando os limites mínimo e máximo, de 4 a 10 anos de reclusão. Na hipótese, verifica-se que a majoração da pena-base pelas instâncias ordinárias mostra-se desproporcional, pois foi majorada em 1/2 com base em duas circunstâncias do crime; razoável, portanto, majorá-la em 1/6 para cada circunstância desfavorável, de acordo com o entendimento desta Quinta Turma, restando a pena-base fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

[...]

(HC 296.562/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, CAPUT, C.C. ART. 14, II, CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. (2) PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. (3) PENA-BASE INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ANTECEDENTES). REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia

Superior Tribunal de Justiça

constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Considerando a sanção abstrata prevista para o crime de homicídio - 6 a 20 anos -, não parece razoável a fixação da pena-base (8 anos e 6 meses de reclusão) do paciente, em decorrência da valoração negativa de apenas uma das circunstâncias judiciais (antecedentes). O decisum viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo de rigor a imposição do patamar de aumento em 1/6 (um sexto), fator que define a pena-base em 7 anos de reclusão. Esclareça-se que em razão da atenuante da confissão espontânea e da tentativa, a reprimenda fica estabelecida em 3 anos e 3 meses de reclusão.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, bem como estabelecer o regime inicial semiaberto. (HC 216.552/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013).

No presente caso, em razão do desvalor de uma circunstância judicial negativa (circunstâncias do crime), a pena-base foi exasperada em 6 meses, o que corresponde a menos de 1/6, não se mostrando tal aumento excessivo, até porque encontra-se abaixo do patamar utilizado por esta Corte Superior, conforme precedentes acima.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, incisos III e VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "b", do RISTJ e na Súmula 568/STJ, **conheço** do agravo para **conhecer parcialmente** e, nessa parte, **negar provimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator