

RECURSO ESPECIAL Nº 1.813.446 - GO (2019/0136021-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**
RECORRIDO : **V DOS S B (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça local.

Consta nos autos que o recorrente foi condenado como incurso nas sanções do arts. 217-A, *caput*, e 213, § 1º, 2ª parte, c/c o 226, inciso II, todos do Código Penal, à pena de 24 anos de reclusão, em regime fechado. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação requerendo a absolvição do recorrente e o Tribunal *a quo*, aplicando a continuidade delitiva na fração mínima de 1/6, fixou a pena em 14 anos de reclusão, mantendo o regime fechado. O acórdão ficou assim ementado (e-STJ fl. 346):

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. MANTIDA. PENA. REDUÇÃO.

1. Comprovadas materialidade e autoria, nega-se o pleito absolutório.

2. Havendo equívoco na fixação da reprimenda, impõe-se a readequação, de ofício.

Apelação improvida. De ofício, reduzida a pena.

Nas razões do recurso especial, alega a parte recorrente violação do artigo 71 do CP. Sustenta que "ao aplicar o percentual mínimo de aumento mesmo reconhecendo que o crime ocorreu durante anos e por inúmeras vezes, contrariando, assim, a orientação dessa Corte Superior no sentido de que "nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis é cabível a elevação da pena pela continuidade delitiva no patamar máximo quando restar demonstrado que o acusado praticou o delito por diversas vezes durante determinando período de tempo, sendo

inviável exigir a exata quantificação do número de eventos criminosos" (AgRg no REsp 1640747/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017)."(e-STJ fl. 365)

Aponta que "essa Corte Superior firmou a orientação de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, aplicando-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 (REsp 1597460/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018)."(e-STJ fl. 366)

Aduz que "Não obstante o reconhecimento do significativo número de vezes em que praticada a ação delitiva - durante 05 anos -, ao reexaminar a dosimetria da pena fixada na sentença decidiu reformá-la e reduzir para o mínimo legal a fração relativa ao crime continuado, sob o fundamento de que foram reconhecidos dois crimes."(e-STJ fl. 368)

Requer o provimento do recurso para exasperar em 2/3 a pena aplicada ao agravado, haja vista a incidência de continuidade delitiva, nos termos do artigo 71 do Código Penal.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 388/396), o recurso especial foi admitido (e-STJ fls. 398/399), e o Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 410):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL DO PARQUET ESTADUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, POR DIVERSAS VEZES (DURANTE ANOS), EM CONTINUIDADE DELITIVA. ACORDÃO RECORRIDO QUE, AO MAJORAR A PENA-BASE, APLICOU A FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/3, EM DESACORDO COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DESTA C. CORTE SUPERIOR. PRESENTES OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. Configurada negativa de vigência do art. 71 do Código Penal. In casu , cabível a aplicação do patamar máximo de 2/3. Precedentes deste c. STJ PARECER PELO

CONHECIMENTO E PELO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL, REFORMANDO-SE O ACÓRDÃO O ACÓRDÃO RECORRIDO, PARA MAJORAR A PENA-BASE DO RÉU NO PATAMAR DE 2/3 (FRAÇÃO MÁXIMA DA CONTINUIDADE DELITIVA – ART. 71 DO CP), RESTABELECENDO-SE OS EFEITOS DA SENTENÇA.

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível, tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

O recurso não 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, além do requisito subjetivo.

O juiz sentenciante, ao realizar a dosimetria da pena, tratou do tema da seguinte forma (e-STJ fls. 282/284):

(...)

Assim, passo a lhe fixar as penas a serem impostas, atento, inicialmente, às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

- Quanto ao crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A, caput, c/c o artigo 226, inciso II):

Quanto à culpabilidade, o réu tinha consciência de que a sua conduta era ilícita. É ele imputável e outra conduta lhe era exigida; o acusado não possui antecedentes criminais (fls. 69 e 92); à conduta social, não há informações concretas; à personalidade do agente é a do homem comum; os motivos do crime, se deram unicamente para satisfazer sua lascívia; as circunstâncias foram as inerentes ao tipo penal; as consequências foram os danos psicológicos à vítima, de consequências imensuráveis; e o comportamento da vítima de nenhum modo estimulou a conduta do acusado.

Ante tais considerações, fixo a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, deixo de aplicar qualquer circunstância legal (atenuante ou agravante), por não haver nenhuma a considerar.

Já na terceira fase, aumento a pena em 1/2 (metade), em face de ter sido o crime cometido por pessoa que detinha a condição de padrasto da vítima (CP, art. 226, inciso II), remanescendo esta em 12 (doze) anos de reclusão, a qual torno definitiva para o crime consumado, ante a ausência de qualquer outra circunstância legal a considerar, bem como de qualquer causa de diminuição ou de aumento de pena capaz de alterá-la.

A pena será cumprida inicialmente no regime fechado (CP, art. 33, § 2º, alínea "a").

- Quanto ao crime de estupro (CP, art. 213, § 1º, 2a parte, c/c o artigo 226, inciso II):

Quanto à culpabilidade, o réu tinha consciência de que a sua conduta era ilícita. É ele imputável e outra conduta lhe era exigida; o acusado não possui antecedentes criminais (fls. 69 e 92); à conduta social, não há informações concretas; à personalidade do agente é a do homem comum; os motivos do crime, se deram unicamente para satisfazer sua lascívia; as circunstâncias foram as inerentes para os delitos dessa espécie; as consequências foram os danos psicológicos à vítima, de consequências imensuráveis; e o comportamento da vítima de nenhum modo estimulou a conduta do acusado.

Ante tais considerações, fixo a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, deixo de aplicar qualquer circunstância legal (atenuante ou agravante), por não haver nenhuma a considerar.

Já na terceira fase, aumento a pena em 1/2 (metade), em face de ter sido o crime cometido pelo padrasto (CP, art. 226, inciso II), remanescendo esta em 12 (doze) anos de reclusão, a qual torno definitiva para o crime consumado, ante a ausência de qualquer outra circunstância legal a considerar, bem como de qualquer causa de diminuição ou de aumento de pena capaz de alterá-la.

A pena será cumprida inicialmente no regime fechado (CP, art. 33, § 2º, alínea "a").

Face ao exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia, para:

1) **CONDENAR** o réu **VALDECI DOS SANTOS BORGES**, CPF nº 109.639.886-97, natural de Paracatu-MG, nascido em 18.11.1978, filho de Maria Conceição Leite dos Santos Borges e de Benedito Borges, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, como incurso nas penas do artigo 217-A, caput, c/c o artigo 226, inciso II, ambos do Código Penal. A pena deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado (CP, art. 33, § 2º, alínea "a");

2) **CONDENAR** o mesmo réu **VALDECI DOS SANTOS BORGES**, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, como incurso nas penas do artigo 213, § 1º, 2ª parte, c/c o artigo 226, inciso II, ambos do Código Penal. A pena deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado (CP, art. 33, § 2º, alínea "a").

Deixo de considerar a continuidade delitiva pleiteada por verificar que os crimes foram praticados em datas distintas (entre os anos de 2011 e 2016). Assim, ausentes os requisitos objetivos do tipo, "condições de tempo e lugar", não há que se cogitar de crime continuado.

Por sua vez, o Tribunal *a quo*, ao se manifestar acerca da fração empregada pela continuidade delitiva, destacou (e-STJ fls. 353/355):

(...)

Passo à análise da reprimenda imposta, posto que merece redução, a ser procedida de ofício.

Para ambos crimes, o magistrado fixou, a básica no mínimo, 8 (oito) anos; na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na última etapa, reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, por ser padrao da vítima, e elevada de 1/2 (metade), resultando na sanção final de 12 (doze) anos de reclusão, para cada crime.

Ocorre que o sentenciante equivocou-se ao deixar de considerar a continuidade delitiva, por entender que os crimes foram praticados em datas distintas (entre os anos de 2011 e 2016).

Pelos elementos dos autos, resta claro que o acusado praticou dois crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, nos termos do artigo 71 do Código Penal.

Assim, considerando que o magistrado dosou a pena de duas infrações, de modo idêntico, aplico a continuidade delitiva no

aumento mínimo de 1/6 (um sexto), e fixo a sanção final em 14 (quatorze) anos de reclusão.

(...)

Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que, "em se tratando de majoração de pena referente à continuidade delitiva, 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". No presente caso, a Corte de origem tomou a pena de 12 anos de reclusão e aumentou no patamar de 1/6, o que resultou em 14 anos de reclusão.

Assim, no caso, conforme justificou o Tribunal *a quo*, ***pelos elementos dos autos, resta claro que o acusado praticou dois crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, nos termos do artigo 71 do Código Penal (e-STJ fl. 354)***. Dessa forma, *o quantum* de exasperação da pena, pela configuração do crime continuado, foi corretamente fixado em **1/6**, haja vista tanto a sentença quanto o acórdão terem identificado a prática de dois crimes.

Nessa linha, os seguintes julgados:

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

Superior Tribunal de Justiça

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)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso II, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator