RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.574 - GO (2019/0161053-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
RECORRIDO	:	J F DOS S (PRESO)
AGRAVANTE	:	J F DOS S
ADVOGADO	:	ADAMS JULIANO SILVA - GO034106
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, em primeira instância, à pena de 20 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 217-A, *caput*, na forma do art. 71, ambos do Código Penal (estupro de vulnerável em continuidade delitiva - fls. 272/285).

Interposta apelação, pela Defesa, o Tribunal de origem, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento e, de ofício, reduziu a pena do acusado. O acórdão ficou assim ementado, *verbis* (fl. 358):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 65, DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. DE OFÍCIO, REDUÇÃO DA PENA. 1 - Não há que se falar em desclassificação para a conduta prevista no artigo 65, da Lei das Contravenções Penais, se preenchidos todos os elementos constantes no tipo descrito no artigo 217-A, do Código Penal. 2 - Diante da inexatidão de vezes em que o crime de estupro foi praticado, imperiosa a modificação, de ofício, do patamar da continuidade delitiva de 2/3 (dois terços) para 1/6 (um sexto). 3 - Apelo conhecido e desprovido. De ofício, reduzida a pena.*

Opostos embargos de declaração, pelo Ministério Público, foram desprovidos nos termos do acórdão de fls. 375/382. Eis a ementa do julgado:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. OMISSÃO. DESPROVIMENTO. 1 - Os embargos de declaração devem obediência ao artigo 619, do Código de Processo Penal, somente sendo cabíveis para expungir do julgamento obscuridades, ambiguidades ou contradições, como também para suprir*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: BD14016C-E54C-4ED4-99FC-D0B1DDD5DD0F

omissões. Logo, inexistindo qualquer destes vícios no acórdão combatido, impõe-se o seu desprovimento. 2 - Embargos declaratórios desprovidos.

Diante disso, o Ministério Público interpôs recurso especial alegando violação ao art. 71 do Código Penal - CP.

Sustenta que o acórdão recorrido violou o artigo 71 do CP ao aplicar o percentual mínimo de aumento pela continuidade delitiva, mesmo reconhecendo que o crime ocorreu de forma reiterada, por aproximadamente 08 (oito) meses.

Alega que o STJ firmou a orientação de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, entretanto, a indeterminação do número exato de ocorrências de estupro de vulnerável não impede a fixação de fração superior à mínima legal quando os abusos comprovadamente ocorreram diversas vezes em determinado período.

Aduz que o TJ/GO afastou-se dessa premissa, pois, apesar de ter reconhecido que o recorrido praticou diversos atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a vítima menor de 14 anos, de forma reiterada, entre janeiro e agosto de 2016, ao reexaminar a dosimetria da pena fixada na sentença, decidiu, equivocadamente, reformá-la e reduzir a fração de aumento pela continuidade delitiva para o mínimo legal de 1/3.

Requer seja conhecido e provido o recurso especial para restabelecer o *quantum* de aumento aplicado pelo Juízo de primeiro grau em razão da continuidade delitiva.

Contrarrazões às fls. 430/435.

Decisão de admissibilidade às fls. 441/443.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial para restabelecer a pena privativa de liberdade fixada na sentença (fls. 478/481).

É o relatório.

Decido.

O recurso não merece prosperar.

O voto condutor assim se posicionou quanto à controvérsia, no que importa, *verbis* (fls. 349/359):

Ora, da prova testemunhal colacionada, sobretudo da fala

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: BD14016C-E54C-4ED4-99FC-D0B1DDD5DD0F

da vítima, verifica-se que o processado, valendo-se da condição de padrasto, a beijou e passou a mão nos seus seios e genitália, por diversas vezes, no período compreendido entre janeiro e agosto de 2016, causando-lhe "(...) tristeza, abatimento profundo, baixo nível de autoestima, vergonha extrema e medo (...)")" (Relatório Psicológico, fl. 26), não podendo sua ação ser confundida com uma simples contravenção penal.

Desse modo, tendo em vista que a intenção do acusado não foi atormentar, irritar ou perturbar a infante e que ele, em verdade, beijou e passou as mãos nos seios e genitália da vítima, não há que se falar em desclassificação da conduta prevista no artigo 217-A, do Código Penal para a do artigo 65, da Lei das Contravenções Penais.

[...]

Da pena.

Embora a reprimenda imposta ao apelante não tenha sido objeto do manejo recursal, verifico que merece reparos, conforme passo a demonstrar.

Na primeira fase, todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, foram consideradas favoráveis, motivo pelo qual a reprimenda basilar foi fixada em 08 (oito) anos de reclusão, mínimo legal.

Na etapa intermediária, embora o Sentenciante não tenha reconhecido nenhuma circunstância atenuante ou agravante, entendo que a confissão do processado na fase policial (fl. 17) e sua confissão parcial em juízo (mídia - fl. 226) devem ser reconhecidas, contudo, a pena não sofre qualquer alteração, pois já imposta no patamar mínimo (obediência à Súmula n. 231, do Superior Tribunal de Justiça).

Na terceira fase do processo dosimétrico, conservo o aumento da reprimenda em 1/2 (metade), já que o apelante era padrasto da vítima à época dos fatos.

Prosseguindo, embora existam elementos probatórios suficientes para se confirmar que os atos libidinosos foram praticados de forma reiterada, por aproximadamente 08 (oito) meses, a instrução não logrou êxito em precisar a quantidade de vezes.

Assim, considerando a inexatidão, entendo que o patamar referente à continuidade delitiva deve ser modificado, de ofício, de 2/3 (dois terços) para 1/6 (um sexto), mínimo legal, de acordo com entendimento desta Corte:

[...]

À vista disso, majoro a reprimenda do acusado em 1/6 (um sexto) e a torno definitiva em 14 (quatorze) anos de reclusão.

Sobre a revisão da pena aplicada, esta Corte tem entendido que a dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade, o que não se constata na hipótese.

É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: BD14016C-E54C-4ED4-99FC-D0B1DDD5DD0F

descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Com efeito, 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.

No caso dos autos, da análise dos trechos acima transcritos, verifica-se que o Tribunal de origem, diante dos elementos de prova e do caso concreto, entendeu que embora existam elementos probatórios suficientes para se confirmar que os atos libidinosos foram praticados de forma reiterada, por aproximadamente 08 (oito) meses, a instrução não logrou êxito em precisar a quantidade de vezes.

Embora a jurisprudência desta Corte seja firme no sentido de que a fração de aumento pela continuidade delitiva deva ser estabelecida de acordo com o número de infrações cometidas, no caso dos autos, o Tribunal de origem consignou expressamente que diante da inexatidão do número de infrações, o patamar referente à continuidade delitiva deve ser modificado para a fração mínima de 1/6 (um sexto), de modo que, para alterar esse entendimento, seria inevitável a incursão na seara fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial.

Assim, não evidenciada nenhuma ilegalidade flagrante decorrente da dosimetria da pena, incide à espécie o enunciado n. 7 da Súmula/STJ. A propósito:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça tem admitido, somente em hipóteses excepcionais, a utilização do recurso especial para o reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando for flagrante a ofensa à lei federal, situação inocorrente na espécie.*
>
> *[...]*
>
> *3.* ***A adoção de conclusão diversa do Tribunal a quo requer inevitável o revolvimento do arcabouço fático carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial,***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: BD14016C-E54C-4ED4-99FC-D0B1DDD5DD0F

encontrando-se óbice na Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.563.626/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ELEMENTO INERENTE AO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. PREMISSA FÁTICA INCONTROVERSA. DESNECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. ***A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça não veda, de forma absoluta, o tratamento de aspectos atinentes à dosimetria da pena na via do recurso especial, sendo certo que considera possível a sua revisão, desde que o provimento jurisdicional não demande revolvimento do conjunto fático-probatório, ou seja, quando não se pretenda a alteração das premissas fáticas fixadas pelas instâncias de origem.***

[...]

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1307526/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/02/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: BD14016C-E54C-4ED4-99FC-D0B1DDD5DD0F