



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2038833 - MG (2022/0362093-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
RECORRIDO : **S R**
ADVOGADO : **MARCELO RIBEIRO MACHADO - MG105042**
INTERES. : **A N DA A C - "AMICUS CURIAE"**
ADVOGADOS : **JAMES WALKER NEVES CORRÊA JÚNIOR - RJ079016**
MARCIO GUEDES BERTI - PR037270
VICTOR MINERVINO QUINTIERE - DF043144
INTERES. : **G DE A E DAS D P E E D N T S - "AMICUS CURIAE"**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA**
INTERES. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", E DA MAJORANTE DO ART. 226, II, AMBAS DO CÓDIGO PENAL – CP. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DISTINTAS. EXCEÇÃO QUANDO VERIFICADA APENAS RELAÇÃO DE AUTORIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. RELAÇÕES DOMÉSTICAS E CRIME PRATICADO POR ASCENDENTE. FIGURAS AUTÔNOMAS. FIXAÇÃO DA TESE.

1. A causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal – CP prevê que as penas dos delitos previstos no Título VI - crimes contra a dignidade sexual - serão aumentadas da metade nas hipóteses em que o agente possui autoridade sobre a vítima. Inegável a maior censurabilidade da conduta praticada por quem teria o dever de proteção e vigilância da vítima, além de ser condição apta a facilitar a prática do crime e a dificultar a sua descoberta. De outro lado, a agravante genérica do art. 61, II, "f", do CP tem por finalidade punir mais severamente o agente que pratica o crime "*com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica*".

2. Constata-se que o único ponto de intersecção entre os dois dispositivos em análise é o atinente à existência de relação de autoridade. Na hipótese da majorante, o legislador previu cláusula casuística, na qual trouxe algumas situações em que o agente exerce naturalmente autoridade sobre a vítima, seguida de cláusula genérica, para abarcar outras situações não previstas expressamente no texto legal. No caso da agravante genérica, previu-se que a circunstância de o crime ser cometido com abuso de autoridade sempre agrava a pena. Nessa hipótese, revela-

se evidente a sobreposição de situações.

3. Contudo, nos demais casos do art. 61, II, "f", do CP, a conclusão deve ser distinta. Isso porque a circunstância de o agente cometer o crime prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação, de hospitalidade ou com violência contra a mulher na forma da lei específica não pressupõe, tampouco exige, qualquer relação de autoridade entre o agente e a vítima. Da mesma forma, o agente pode possuir autoridade sobre a vítima, sem, contudo, incidir, necessariamente, em alguma dessas circunstâncias que agravam a pena.

4. Portanto, se o agente, além de possuir relação de autoridade sobre a vítima, praticar o crime em alguma dessas situações, deve ser aplicada a agravante do art. 61, II, "f", do CP, em conjunto com a majorante do art. 226, II, do CP. A aplicação simultânea da agravante genérica e da causa de aumento de pena, nessas hipóteses, não representa uma dupla valoração da mesma circunstância, não sendo possível falar em violação ao princípio do *ne bis in idem*. Se, do contrário, existir apenas a circunstância de ter o agente autoridade sobre a vítima, deve ser aplicada somente a causa de aumento dos crimes contra a dignidade sexual, diante de sua especialidade em relação à agravante.

5. Destaca-se que a jurisprudência deste Sodalício, já há muito, posiciona-se neste sentido, conforme precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção (e.g.: HC n. 353.500/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2016, DJe de 20/9/2016; HC n. 336.120/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/4/2017, DJe de 25/4/2017).

6. No caso concreto, o Tribunal *a quo* decotou a circunstância agravante por entender que a sua aplicação simultânea com a majorante específica do art. 226, II, do CP configuraria *bis in idem*, pois o mesmo fato - relação doméstica e parentesco - teria sido valorado negativamente duas vezes. Contudo, a circunstância de o crime ser cometido com prevalência das relações domésticas não se confunde com a relação de autoridade (ascendência) que o acusado possui sobre a vítima, razão pela qual inexistente *bis in idem* no caso concreto.

7. Recurso especial ministerial provido a fim de restabelecer a agravante genérica prevista no art. 61, II, "f", do CP, e, conseqüentemente, restabelecer a reprimenda imposta na sentença condenatória.

Fixada a seguinte tese: nos crimes contra a dignidade sexual, não configura *bis in idem* a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, "f", e da majorante específica do art. 226, II, ambos do Código Penal, salvo quando presente apenas a relação de autoridade do agente sobre a vítima, hipótese na qual deve ser aplicada tão somente a causa de aumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial ministerial a fim de restabelecer a agravante genérica prevista no art. 61, II, "f", do CP, e, conseqüentemente, restabelecer a reprimenda imposta na sentença condenatória, e fixar a seguinte tese quanto ao Tema Repetitivo n. 1215: *"nos crimes contra a dignidade sexual, não configura bis in idem a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, "f", e da majorante específica do art. 226, II, ambos do Código Penal, salvo quando presente apenas a relação de autoridade do agente sobre*

a vítima, hipótese na qual deve ser aplicada tão somente a causa de aumento", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 13 de novembro de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2038833 - MG (2022/0362093-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : S R
ADVOGADO : MARCELO RIBEIRO MACHADO - MG105042
INTERES. : A N DA A C - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : JAMES WALKER NEVES CORRÊA JÚNIOR - RJ079016
MARCIO GUEDES BERTI - PR037270
VICTOR MINERVINO QUINTIERE - DF043144
INTERES. : G DE A E DAS D P E E D N T S - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", E DA MAJORANTE DO ART. 226, II, AMBAS DO CÓDIGO PENAL – CP. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DISTINTAS. EXCEÇÃO QUANDO VERIFICADA APENAS RELAÇÃO DE AUTORIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. RELAÇÕES DOMÉSTICAS E CRIME PRATICADO POR ASCENDENTE. FIGURAS AUTÔNOMAS. FIXAÇÃO DA TESE.

1. A causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal – CP prevê que as penas dos delitos previstos no Título VI - crimes contra a dignidade sexual - serão aumentadas da metade nas hipóteses em que o agente possui autoridade sobre a vítima. Inegável a maior censurabilidade da conduta praticada por quem teria o dever de proteção e vigilância da vítima, além de ser condição apta a facilitar a prática do crime e a dificultar a sua descoberta. De outro lado, a agravante genérica do art. 61, II, "f", do CP tem por finalidade punir mais severamente o agente que pratica o crime "*com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica*".

2. Constata-se que o único ponto de intersecção entre os dois dispositivos em análise é o atinente à existência de relação de autoridade. Na hipótese da majorante, o legislador previu cláusula casuística, na qual trouxe algumas situações em que o agente exerce naturalmente autoridade sobre a vítima, seguida de cláusula genérica, para abarcar outras situações não previstas expressamente no texto legal. No caso da agravante genérica, previu-se que a circunstância de o crime ser cometido com abuso de autoridade sempre agrava a pena. Nessa hipótese, revela-se evidente a sobreposição de situações.

3. Contudo, nos demais casos do art. 61, II, "f", do CP, a conclusão deve ser distinta. Isso porque a circunstância de o agente cometer o crime prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação, de hospitalidade ou com violência contra a mulher na forma da lei específica não pressupõe, tampouco exige, qualquer relação de autoridade entre o agente e a vítima. Da mesma forma, o agente pode possuir autoridade sobre a vítima, sem, contudo, incidir, necessariamente, em alguma dessas circunstâncias que agravam a pena.

4. Portanto, se o agente, além de possuir relação de autoridade sobre a vítima, praticar o crime em alguma dessas situações, deve ser aplicada a agravante do art. 61, II, "f", do CP, em conjunto com a majorante do art. 226, II, do CP. A aplicação simultânea da agravante genérica e da causa de aumento de pena, nessas hipóteses, não representa uma dupla valoração da mesma circunstância, não sendo possível falar em violação ao princípio do *ne bis in idem*. Se, do contrário, existir apenas a circunstância de ter o agente autoridade sobre a vítima, deve ser aplicada somente a causa de aumento dos crimes contra a dignidade sexual, diante de sua especialidade em relação à agravante.

5. Destaca-se que a jurisprudência deste Sodalício, já há muito, posiciona-se neste sentido, conforme precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção (e.g.: HC n. 353.500/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2016, DJe de 20/9/2016; HC n. 336.120/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/4/2017, DJe de 25/4/2017).

6. No caso concreto, o Tribunal *a quo* decotou a circunstância agravante por entender que a sua aplicação simultânea com a majorante específica do art. 226, II, do CP configuraria *bis in idem*, pois o mesmo fato - relação doméstica e parentesco - teria sido valorado negativamente duas vezes. Contudo, a circunstância de o crime ser cometido com prevalência das relações domésticas não se confunde com a relação de autoridade (ascendência) que o acusado possui sobre a vítima, razão pela qual inexistente *bis in idem* no caso concreto.

7. Recurso especial ministerial provido a fim de restabelecer a agravante genérica prevista no art. 61, II, "f", do CP, e, conseqüentemente, restabelecer a reprimenda imposta na sentença condenatória.

Fixada a seguinte tese: nos crimes contra a dignidade sexual, não configura *bis in idem* a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, "f", e da majorante específica do art. 226, II, ambos do Código Penal, salvo quando presente apenas a relação de autoridade do agente sobre a vítima, hipótese na qual deve ser aplicada tão somente a causa de aumento.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – MPMG com fundamento no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – TJMG em julgamento de Apelação Criminal n. 1.0232.18.000680-01001.

Consta dos autos que o recorrido S R foi condenado como incurso nas sanções do art. 217-A c/c artigo 226 inciso II, c/c o artigo 61 inciso II, "f", por diversas vezes, na

forma do artigo 71, todos do Código Penal – CP c/c o artigo 70, inciso III, da Lei 11.340/2006 (estupro de vulnerável majorado em continuidade delitiva), à pena de 23 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado (fl. 390).

A defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça, pretendendo a absolvição; subsidiariamente, a desclassificação da conduta para as sanções dos arts. 61 e 65 da Lei de Contravenções Penais e a redução da pena.

A Corte Estadual deu parcial provimento ao recurso para afastar a circunstância agravante do art. 61, II, alínea "f", do CP, mantendo a causa de aumento do art. 226, II, do CP, por entender que a concomitante aplicação de ambas implicaria em *bis in idem*. Em razão disso, a pena do réu foi redimensionada para 20 anos e 3 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado. O acórdão ficou assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NOS ARTIGOS 61 OU 65 DA LCP - DESCABIMENTO - REDUÇÃO DA PENA - BASE - INVIABILIDADE - DEVIDAMENTE FIXADA PARA A ESPÉCIE - AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DO ARTIGO 61 INCISO II "f" DO CÓDIGO PENAL - NECESSIDADE - BIS IN IDEM EVIDENCIADO - CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 226 INCISO II DÕ DEVIDAMENTE EVIDENCIADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. *Encontrando-se comprovadas a autoria e a materialidade do delito de estupro de vulnerável, impõe-se a condenação.*

2. *A palavra firme e coerente da vítima nos delitos contra a dignidade sexual deve ser levada em consideração para o édito condenatório:*

3. *Inviável é a desclassificação para as sanções dos artigos 61 ou 65 da Lei de Contravenções Penais quando a prática do delito estupro está devidamente evidenciada.*

4. *Incabível é a redução da pena vez que esta se encontra devidamente fixada para a espécie.*

5. *Afasta-se a circunstância agravante do artigo 61 inciso II alínea "f" do Código Penal eis que evidenciado o bis in idem em razão do reconhecimento da causa de aumento do artigo 226 inciso II do referido diploma legal.*

6. *Recurso parcialmente provido" (fl. 406).*

Foram opostos embargos de declaração pelo órgão ministerial, tendo sido rejeitados pelo Tribunal local (fls. 446/452).

Em sede de recurso especial (fls. 455/461), o *parquet* estadual apontou violação aos arts. 61, inciso II, alínea "f", 68, *caput*, e 226, inciso II, todos do CP. Isso porque a

Corte Estadual desconsiderou a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que entende inexistir *bis in idem* na aplicação concomitante da agravante do art. 61, inciso II, "f", do CP, em conjunto com a causa de aumento do art. 226, inciso II, do referido Códex, pois ambas têm fundamento em distintas situações de fato (RvCr 004532, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 13 de setembro de 2018). Ressaltou que referidas causas buscam proteger bens jurídicos diversos.

Requeru seja restabelecida, na pena do acusado, a incidência da agravante prevista na alínea "f", do inciso II, do artigo 61 do Estatuto Repressivo.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 471/482.

Admitido o recurso no TJ (fls. 490/493), os autos foram protocolados e distribuídos nesta Corte.

O Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes qualificou o presente recurso para a adoção do rito estabelecido pelos arts. 256 ao 256-D do Regimento Interno do STJ – RISTJ (fls. 505/506).

Aberta vista ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF, este opinou favoravelmente à qualificação deste recurso como representativo da controvérsia e à adoção do rito estabelecido pelos arts. 256 ao 256-D do Regimento Interno do STJ, assim como o recorrente (fls. 509/511 e 517/529).

O recurso foi admitido como representativo de controvérsia, sendo afetado à Terceira Seção, conforme dispõe o art. 257-C, do RISTJ e suspensa a tramitação de processos com recurso especial e/ou agravo em recurso especial interposto, em tramitação na origem e/ou no STJ.

A proposta de afetação restou assim ementada:

"PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. DEFINIÇÃO SOBRE A CONFIGURAÇÃO DE BIS IN IDEM NA APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, F, DO CÓDIGO PENAL – CPE DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. CONTROVÉRSIA JURÍDICA REPETITIVA. RELEVÂNCIA. REQUISITOS FORMAIS PRESENTES. SUSPENSÃO DOS RECURSOS ESPECIAIS VERSANDO SOBRE IDÊNTICA QUESTÃO DE DIREITO. RECURSO ESPECIAL AFETADO PARA JULGAMENTO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB RITO DOS REPETITIVOS.

1. Delimitação da controvérsia: Definir se, nos crimes praticados contra a dignidade sexual, configura *bis in idem* a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, f, do Código Penal e a majorante específica do art. 226, II, do Código Penal.

1.1. *A delimitação da controvérsia tal como posta pela Comissão Gestora de Precedentes apenas pretendeu evidenciar que ela tem maior expressão como resultado de pesquisa nesta Corte em crimes de estupro de vulnerável, embora a causa de aumento do art. 226, II, do CP seja aplicável a todos os delitos praticados contra a dignidade sexual (Título VI, Capítulos I, II, III e IV, do CP).*

2. *Afetação do recurso especial ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil – CPC/2015 e 256 ao 256-X do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ.*

3. *Suspensão dos recursos especiais que versem sobre idêntica questão de direito, estejam eles nos Tribunais de origem ou nesta Corte."*

Foram deferidos os pedidos da ANACRIM - Associação Nacional da Advocacia Criminal (fls. 605/606) e do GAETS - Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores (fls. 643/644) para ingresso no feito como *amicus curiae*.

Memoriais juntados pelo recorrente (fls. 655/668). Complementada a petição às fls. 669/675.

É o relatório.

VOTO

O recurso especial em epígrafe preenche os pressupostos de admissibilidade e, considerada a relevância da matéria, estando devidamente preenchidos os requisitos legais para o processamento sob a sistemática dos repetitivos, o processo foi afetado por esta Terceira Seção.

A controvérsia foi delimitada nos seguintes termos: "*Definir se, nos crimes praticados contra a dignidade sexual, configura bis in idem a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, f, do Código Penal e a majorante específica do art. 226, II, do Código Penal*".

A princípio, mostra-se pertinente apresentar breve digressão sobre o instituto do *bis in idem*, para, em seguida, verificar-se, diante das hipóteses de incidência de cada uma das normas em análise (arts. 61, II, "f", e 226, II, ambos do CP), se há ou não dupla valoração das mesmas circunstâncias fáticas.

1. *Ne bis in idem*

1.1. Aspectos introdutórios do instituto

Ne bis in idem ou *non bis in idem* é uma fórmula latina que, em tradução literal,

significa "*não (incorrer) duas vezes no mesmo*". Abriga, assim, a vedação de "*um mesmo indivíduo ser processado ou sancionado duas vezes pelo mesmo fato*" (MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno; DI-LORENZI, Felipe da Costa. *Ne bis in idem* entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 192, 2022, p. 77).

Princípio aplicável ao Direito Penal e Processual Penal, a proibição do *bis in idem* ou simplesmente *ne bis in idem* manifesta-se em duas vertentes diversas.

Do ponto de vista substancial ou material, significa a vedação de se punir o agente mais de uma vez pelo mesmo fato, o que abrange, também, a proibição de se considerar duplamente a mesma circunstância ou elemento fático para agravar a sanção penal aplicada. Dessa forma, o indivíduo não pode ser condenado e punido duas vezes pelo mesmo crime e tampouco pode ter sua pena agravada mais de uma vez em razão do mesmo elemento fático, ainda que revestido de nomenclatura diversa.

Já do ponto de vista processual, o princípio manifesta-se como proibição de se submeter o indivíduo a mais de uma persecução penal pelo mesmo fato, seja simultaneamente, seja sucessivamente.

Em quaisquer dessas vertentes, o princípio em questão representa uma clara limitação ao *jus puniendi* estatal, em prol da preservação de um espaço de intangibilidade da liberdade do indivíduo.

O *ne bis in idem* não encontra previsão expressa em nossa Constituição Federal – CF, mas a sua aplicação no ordenamento pátrio é indiscutível, seja por decorrência lógica da obrigatoriedade de um processo penal justo, proporcional e legal, seja, de uma forma mais ampla, em razão da própria matriz constitucional da dignidade da pessoa humana e do princípio da segurança jurídica. Além disso, o § 2º do art. 5º da CF prevê que "*[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

Nesse sentido, no plano internacional, a proibição de dupla persecução ou punição pelo mesmo fato foi inserida entre as garantias judiciais protegidas pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, tratado multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, ao dispor, em seu art. 14.7, que "*ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país*". A ratificação desse tratado internacional pelo

Brasil ocorreu com a publicação do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, que aprovou o texto do pacto. Posteriormente, o pacto foi promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678 de 1992 com *status* de norma supralegal, previu, em seu art. 8.4, que “*o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos*”.

Na legislação infraconstitucional brasileira, o princípio em tela pode ser depreendido, indiretamente, do instituto da detração (art. 42 do CP) e da determinação de atenuação ou desconto da pena já cumprida no exterior na pena a ser cumprida no Brasil (art. 8º do CP).

1.2. Vertente material do princípio

Feitas essas breves considerações introdutórias, faz-se relevante melhor examinar o princípio da vedação ao *bis in idem* em sua vertente material, porquanto pertinente ao objeto principal posto a julgamento.

Nesse compasso, Regis Prado ensina que o “*conteúdo penal substancial do ne bis in idem exige a concorrência da denominada tríplice identidade entre sujeito (identidade subjetiva ou de agentes), fato (identidade fática) e fundamento (necessidade de se evitar a dupla punição, quando o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos incriminadores), o que implica maior precisão conceitual, que vai além da mera tradução literal do brocardo latino de não ser punido duas vezes pelo mesmo fato*” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 57).

Assim, em síntese, o aspecto material volta-se à proibição de o mesmo indivíduo ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

Os fundamentos do *ne bis in idem* material, consoante recorda o e. Min. Rogério Schietti Cruz, em sua magistral obra *Proibição de Dupla Persecução Penal*, residem nos princípios da proporcionalidade e da legalidade. O primeiro porque “*nova sanção para o mesmo crime representaria a quebra dessa proporcionalidade, uma reação excessiva do ordenamento jurídico contra o autor da infração objeto do julgamento*” (CRUZ, Rogério Schietti. *Proibição de Dupla Persecução Penal*. 2 ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 27). Seria, em outras palavras, uma violação do princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição do excesso.

De outro lado, a proibição da dupla punição pelo mesmo fato fundamenta-se também no princípio da legalidade, pois "*sendo certo que a reserva legal implica a exigência de lex praevia e lex certa, é necessário garantir aos cidadãos o conhecimento antecipado do conteúdo e da quantidade da reação punitiva ou sancionadora do Estado em face do eventual cometimento de um ato ilícito*" (CRUZ, 2022, p. 28).

Nesse cenário, o legislador, ao prever as sanções cominadas abstratamente para cada crime, bem como os elementos que agravam a pena, sejam como circunstâncias judiciais negativas, agravantes ou majorantes, procedeu a um juízo prévio de proporcionalidade em relação à gravidade do fato. O magistrado, por sua vez, quando da atividade de individualização da pena concreta, tem sua discricionariedade vinculada aos limites legais, cuja observância visa a impedir uma proteção deficiente, de um lado, ou uma punição excessiva, de outro.

Assim, uma resposta estatal justa e adequada à prática de um fato criminoso deve atender, concomitantemente, ao princípio da valoração integral ou global do fato e ao princípio da vedação do *bis in idem*. É dizer, a valoração da conduta do agente deve abranger *todos* os seus aspectos relevantes na forma específica prevista pela lei; sem, contudo, permitir valorações subsequentes. Nos dizeres de Regis Prado, no concurso de normas, enquanto a valoração total do fato tem função de *fundamento*, o *ne bis in idem* tem função de *limite*, estabelecendo, entre si, uma clara relação de complementariedade (PRADO, 2022, p. 57).

Nesse sentido, o próprio diploma penal abriga disposição expressa de vedação à dupla punição pelo mesmo fato. Ao apresentar o rol de agravantes do art. 61 do CP, o legislador indica que tais circunstâncias sempre agravam a pena, desde que não constituam ou qualifiquem o crime. É dizer, se a mesma circunstância fática é elemento insito ao tipo penal simples ou qualificado, não pode ser ela considerada também como agravante da pena, sob pena de *bis in idem*.

Essa mesma lógica, naturalmente, deve ser estendida para todas as demais fases da dosimetria da pena, impedindo, de qualquer forma, que um mesmo fato justifique duplo agravamento da sanção penal.

A fim de se aferir se uma mesmo elemento está sendo utilizado mais de uma vez para punir o agente, faz-se necessário verificar, a princípio, qual o exato âmbito de incidência da hipótese em abstrato e qual o substrato fático concreto sobre o qual ela recai.

2. Âmbito de incidência das hipóteses normativas

2.1. Âmbito de aplicação do art. 61, II, "f", do CP

A agravante genérica do art. 61, II, "f", do CP tem por finalidade punir mais severamente o agente que pratica o crime "*com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica*".

Consoante examina Nucci, ao dispor sobre a agravante em questão, o legislador pretendeu tutelar o princípio do apoio e assistência entre as pessoas, que se vê violado quando o agente pratica o crime nas condições estabelecidas nesse inciso (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1.111).

Com efeito, no caso de abuso de autoridade, que, como bem recorda o doutrinador, diz respeito apenas às relações privadas, há um maior agravamento da pena daquele se aproveita da autoridade que possui sobre a vítima para praticar o delito. É a situação, por exemplo, do ascendente que pratica crime contra descendente, tio contra sobrinho, tutor contra tutelado, curador contra curatelado, guardião contra pupilo, professor contra aluno, entre outras hipóteses.

Na sequência, previu-se maior punição do agente que se prevalece de relações domésticas para a prática do crime. Explica Nucci que, nesse caso, protege-se "*as ligações estabelecidas entre participantes de uma mesma vida familiar, podendo haver laços de parentesco ou não entre o autor e a vítima*" (NUCCI, 2023, p. 1.111). Podem ser amigos, familiares, empregados, entre outros.

A coabitação ilustra a situação dos que residem na mesma casa, ainda que de forma temporária. Não se exige o ânimo de definitividade.

Por outro lado, a hospitalidade é "*a recepção eventual, durante a estadia provisória na residência de alguém, sem necessidade de pernoite*", como a situação dos hóspedes ou visitas (MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 345).

Por fim, hipótese inserida pela Lei n. 11.340/2006, a pena também é agravada quando o agente pratica o crime *com violência contra a mulher na forma da lei específica*. Em complemento, a Lei Maria da Penha, no seu art. 5º, prevê que consiste em "*violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*", no âmbito doméstico, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto.

2.2. Âmbito de aplicação do art. 226, II, do CP

A causa de aumento do art. 226, II, do CP prevê que as penas dos delitos previstos no Título VI - crimes contra a dignidade sexual - serão aumentadas da metade nas hipóteses em que o agente possuir autoridade sobre a vítima.

Tal previsão justifica-se na medida em que a maior hegemonia que o autor do fato exerce sobre o ofendido tem o condão de reduzir a resistência da vítima, facilitando a prática da ação criminosa. Além disso, inegável a maior censurabilidade da conduta praticada por aquele a quem caberia o dever de proteção, vigilância, cuidado e formação moral da vítima. Por fim, a autoridade do agente também pode ser utilizada como forma de garantir uma maior chance de impunidade (PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 661).

O dispositivo já enumera algumas pessoas cuja autoridade sobre a vítima é tida como certa pela lei: "*ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima*".

Após a fórmula casuística, o legislador previu fórmula genérica - "*ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela*" -, permitindo ao magistrado a aplicação da majorante em outras situações análogas àquelas expressamente mencionadas, na forma da interpretação analógica ou *intra legem*.

2.3. Âmbito de possível intersecção entre a agravante e a majorante

Cabe, então, verificar se há, de fato, alguma área de intersecção entre as normas dos arts. 61, II, "f", e 226, II, ambos do CP, de forma a incidir a vedação do *bis in idem*, ou se, diversamente, cada dispositivo tem âmbito de aplicação próprio e não coincidente.

De pronto, verifica-se que a única hipótese comum entre os dispositivos em comento é a atinente à existência de relação de autoridade entre o agente e a vítima. Na hipótese da majorante, o legislador previu cláusula casuística, na qual trouxe algumas situações em que o agente exerce naturalmente autoridade sobre a vítima, seguida de cláusula genérica, para abarcar outras situações não previstas expressamente no texto legal. No caso da agravante genérica, estabeleceu-se que a circunstância de o crime ser cometido com abuso de autoridade sempre agrava a pena. Nessa hipótese, revela-se evidente a sobreposição de situações.

Contudo, nos demais casos do art. 61, II, "f", do CP, a conclusão deve ser

distinta. Isso porque a circunstância de o agente cometer o crime prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação, de hospitalidade ou com violência contra a mulher na forma da lei específica não pressupõe, tampouco exige, qualquer relação de autoridade entre o agente e a vítima. Autor e ofendido podem, sem qualquer vínculo de parentesco ou relação jurídica, residirem sob o mesmo teto. A especial relação entre as partes não é elemento inerente à circunstância em questão.

Da mesma forma, o agente pode possuir autoridade sobre a vítima, sem, contudo, incidir, necessariamente, em alguma dessas circunstâncias que agravam a pena.

Portanto, se o agente, além de possuir relação de autoridade sobre a vítima, praticar o crime em alguma dessas situações, deve ser aplicada a agravante do art. 61, II, "f", do CP, em conjunto com a majorante do art. 226, II, do CP. A aplicação simultânea da agravante genérica e da causa de aumento de pena, nessas hipóteses, não representa uma dupla valoração da mesma circunstância, não sendo possível falar em violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Se, do contrário, existir apenas a circunstância de ter o agente autoridade sobre a vítima, deve ser aplicada somente a causa de aumento dos crimes contra a dignidade sexual, diante de sua especialidade em relação à agravante.

Diante do apresentado, **conclui-se que, nos crimes contra a dignidade sexual, não configura *bis in idem* a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, "f", e da majorante específica do art. 226, II, ambos do Código Penal, salvo quando presente apenas a relação de autoridade do agente sobre a vítima, hipótese na qual deve ser aplicada tão somente a causa de aumento.**

3. Precedentes desta Corte

Destaca-se que a jurisprudência deste Sodalício, já há muito, caminha no mesmo sentido da conclusão ora externada.

Em setembro de 2016, a Sexta Turma, sob relatoria do então e. Ministro Nefi Cordeiro, afastou a alegação defensiva de *bis in idem* na dosimetria da reprimenda do acusado, sob o seguinte argumento: "*[a] pena foi agravada, portanto, em razão do abuso das relações domésticas, ou seja, em razão da partilha de uma mesma vida familiar, sendo irrelevante, para sua configuração, a existência de laços de parentesco, bem como pela coabitação – a convivência sobre o mesmo teto – e aumentada, na terceira fase, pela condição de ascendente do paciente. São, portanto, circunstâncias distintas as utilizadas pelo Juízo sentenciante, não podendo se confundir, como já*

ressaltado, a partilha de uma mesma vida familiar com a convivência sobre o mesmo teto, tampouco dessas duas circunstâncias com o parentesco do agente com a vítima" (HC n. 353.500/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2016, DJe de 20/9/2016).

Em abril de de 2017, a Quinta Turma, em acórdão relatado pelo e. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca concluiu no mesmo sentido: "*[c]om razão as instâncias ordinárias, ao fazerem incidir quer a agravante genérica do art. 61, inciso II, alínea "f", quer a causa de aumento específica do art. 226, inciso II, ambas do Código Penal, uma vez que fundamentaram a aplicação da agravante na coabitação e, com relação à causa específica, apontaram a condição do acusado ser pai das vítimas, mantendo com as menores o vínculo familiar expresso no pátrio poder, cuja relação de prevalência é totalmente diversa da relação de coabitação. Com efeito, não é condição de coabitação a relação de ascendência, ou vice-versa, demonstrando cabalmente, assim, tratar a lei de situações totalmente distintas"* (HC n. 336.120/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/4/2017, DJe de 25/4/2017).

Na mesma esteira, inúmeros são os julgados desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE REVISÃO DAS FRAÇÕES DE AUMENTO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. INCIDÊNCIA CONJUNTA DA AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61, II, F, E DA MAJORANTE DO ART. 226, II, DO CP. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SUPORTE FÁTICO DIVERSO. PRECEDENTES.

1. *É entendimento deste Superior Tribunal que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos (AgRg no RHC n. 110.812/PR, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ/PE, Quinta Turma, DJe 10/12/2019).*

2. *Os critérios adotados na dosimetria da pena, atendido o princípio da discricionariedade vinculada, não são passíveis de revisão na estreita via do writ, salvo nos casos de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade, o que não se verifica na hipótese vertente.*

3. *A agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal não deve ser afastada, pois decorre de causa distinta - valer-se da relação doméstica de confiança e do estado de coabitação e da consequente vulnerabilidade acentuada da vítima para o cometimento do delito -, enquanto que a majorante específica do art. 226, II, do Código Penal diz respeito à condição pessoal do agente, no caso, da relação de*

ascendência do réu com a vítima, situações claramente distintas, não havendo falar em bis in idem.

4. **Agravo regimental improvido.**

(AgRg no HC n. 917.128/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 16/8/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL E DA MAJORANTE DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Não há bis in idem na incidência concomitante da agravante prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal e da causa de aumento do art. 226, II, do mesmo diploma legal. Precedentes.*

2. **No caso, ficou comprovado que o réu é tio da vítima e se aproveitou da relação de hospitalidade - uma vez que morava na casa de sua irmã, mãe da ofendida - para a prática do delito de estupro de vulnerável pelo qual foi condenado, o que justifica a utilização tanto da agravante quanto da majorante.**

3. **Agravo regimental não provido.**

(AgRg no HC n. 755.802/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. VÍTIMA COM 9 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM NA UTILIZAÇÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL - CP E DA MAJORANTE ESPECÍFICA DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *No caso dos autos, foram arrolados elementos concretos e não inerentes ao tipo penal para elevação da pena-base, não havendo falar em ilegalidade da dosimetria, pois observado o disposto no art. 59 do Código Penal.*

2. *A culpabilidade, enquanto circunstância judicial, deve ser entendida como a "censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita" (PRADO, Luiz R. Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º a 120) - 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 764), implicando em maior ou menor gradação na aplicação da pena-base. Dessa forma, há maior reprovabilidade no fato do paciente ter praticado o crime sexual, repetidas vezes, com uma criança de apenas nove anos.*

3. **Na presente situação, não há bis in idem na utilização da agravante genérica prevista no art. 61, II, f, do Código Penal e da majorante específica do art. 226, II, do Código Penal, porquanto o incremento da pena**

na segunda fase foi em virtude da prevalência de relações domésticas no ambiente intrafamiliar e, na terceira fase, a incidência da majorante específica deu-se com fundamento na condição de padrasto da vítima, que, como se vê, são situações distintas. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 760.451/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 10/5/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NEGATIVAÇÃO DA VETORIAL CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. SEQUELAS PSICOLÓGICAS EXCEPCIONAIS. SITUAÇÃO CONCRETA MAIS GRAVOSA. EXTRAPOLAÇÃO DO TIPO PENAL. IDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA CONJUNTA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, F, E DA MAJORANTE DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. RELAÇÃO DOMÉSTICA DE CONFIANÇA E HOSPITALIDADE E CONDIÇÃO DE TIO DA VÍTIMA. SITUAÇÕES DISTINTAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do Código Penal depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal.

2. As consequências do delito extrapolam as inerentes ao crime de estupro de vulnerável quando há danos psicológicos causados à vítima, devidamente atestados nos autos, e há necessidade de acompanhamento com psicólogo por diversos anos.

3. Não configura bis in idem a utilização da agravante genérica do art. 61, II, f, do Código Penal e da majorante específica do art. 226, II, do Código Penal quando a circunstância utilizada pelas instâncias ordinárias para agravar a pena é a prevalência da relação doméstica de confiança e de hospitalidade para o cometimento do delito, enquanto que, para aumentá-la na terceira fase, a condição de tio da vítima, situações distintas, portanto.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 690.214/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, não é necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos

narrados pelo titular da ação penal pública, ainda mais em delitos de autoria coletiva.

2. **Com relação à dosimetria da pena, vale destacar que "não há bis in idem na incidência da agravante genérica do art. 61, II, f, concomitantemente com a causa de aumento de pena do art. 226, II, no crime do art. 217-A, ambas do CP" (AgRg no AREsp n. 1.486.694/RS, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019).**

3. Os demais tópicos suscitados no recurso não impugnaram devidamente os fundamentos da decisão agravada, o que implica o não conhecimento da irresignação nessa parte.

4. **Agravo Regimental parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.**

(AgRg no REsp n. 1.767.562/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 25/3/2022.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. TESE ABSOLUTÓRIA. SÚMULA 7/STJ. COABITAÇÃO E CONDIÇÃO DE PADRASTO DA VÍTIMA. SITUAÇÕES DISTINTAS, APLICAÇÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA (ART. 61, II, "f", DO CÓDIGO PENAL) E DA MAJORANTE ESPECÍFICA (ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL), BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Corte de origem concluiu que os autos possuem provas suficientes que atestam a autoria e a materialidade do crime atribuído ao réu, notadamente os depoimentos seguros e coesos da vítima, tanto na fase inquisitorial quanto na judicial, bem como os testemunhos de sua avó e de sua genitora.

2. Desse modo, a alteração do julgado, a fim de reconhecer que o acusado não cometeu o delito que lhe foi imputado, demandaria o reexame do acervo fático-probatório, providência inviável em sede de recurso especial, conforme dispõe a Súmula 7/STJ.

3. **Não caracteriza bis in idem a utilização da agravante genérica prevista no art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal e da majorante específica do art. 226, inciso II, do Código Penal, tendo em vista que a circunstância utilizada pelas instâncias ordinárias para agravar a pena foi a prevalência de relações domésticas no ambiente familiar, enquanto para aumentá-la na terceira fase, em razão da majorante específica, utilizou-se da condição de padrasto da vítima, que são situações distintas. Precedentes.**

4. **Agravo regimental não provido.**

(AgRg no REsp n. 1.929.310/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 30/8/2021.)

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CONDIÇÃO DE

PADRASTO. AGRAVANTE. ARTIGO 61, II, "f", DO CP. MAJORANTE. ARTIGO 226, II, DO CP. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. **É assente nesta Corte Superior que "Não caracteriza bis in idem a utilização da agravante genérica prevista no art. 61, II, f, do Código Penal e da majorante específica do art. 226, II, do Código Penal, tendo em vista que a circunstância utilizada pelo Tribunal de origem para agravar a pena foi a prevalência de relações domésticas no ambiente intrafamiliar e para aumentá-la na terceira fase, em razão da majorante específica, utilizou-se da condição de padrasto da vítima, que são situações distintas" (REsp 1645680/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017).**

2. **Recurso provido para restabelecer a sentença condenatória.**

(REsp n. 1.708.689/MG, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 5/6/2018, DJe de 15/6/2018.)

4. Caso concreto

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, em sede de recurso de apelação, afastou a agravante do art. 61, II, "f", do CP, sob o seguinte fundamento:

"Na segunda fase contudo merece redução a pena.

O juiz a quo aplicou a agravante do artigo 61 inciso II alínea "f" do Código Penal, majorando a pena em 1/6 [um sexto] na segunda fase de fixação.

A aplicação da referida circunstância agravante nesta fase e, posteriormente, na terceira, ut artigo 226 inciso II do Código penal, evidencia, entretanto, o famigerado bis in idem.

Isto porque uma mesma relação doméstica de convivência e de parentesco estaria sendo valorada duas vezes, prejudicando o acusado.

Afasto desta forma a circunstância agravante do artigo 61 inciso II alínea "f" do Código Penal, mantendo, todavia, a causa de aumento mencionada acima vez que o apelante é pai da vítima e sempre esteve presente no seu contexto familiar.

O apelante exerce, assim, autoridade sobre a vítima, restando devidamente configurada a causa de aumento em questão.

Mantenho desta forma a causa de aumento do artigo 226 inciso II do Código Penal" (fl. 403).

Dessume-se, do trecho acima transcrito, que o Tribunal a quo decotou a circunstância agravante por entender que a sua aplicação simultânea com a majorante específica do art. 226, II, do CP configuraria *bis in idem*.

Afirmou que o mesmo fato - relação doméstica e parentesco - foi valorado negativamente duas vezes, em prejuízo do acusado. Concluiu, portanto, pela manutenção tão somente da causa de aumento, justificada pelo fato de ser o réu genitor da vítima.

A conclusão do acórdão recorrido não pode prosperar.

De fato, tem razão o órgão ministerial ao defender a inexistência de *bis in idem* no caso em tela.

Conforme examinado acima, a circunstância de o crime ser cometido com prevalência das relações domésticas não se confunde com a eventual relação de autoridade que o acusado possui sobre a vítima. Cada elemento fático é autônomo e justifica, por si, a específica punição do agente.

Portanto, não sendo condição ou elemento inerente à situação de ascendência do réu sobre a vítima, é caso de ser restabelecida a agravante genérica, justificada na circunstância de ter sido o crime cometido com aproveitamento das relações domésticas.

Nesse sentido, está a remansosa jurisprudência deste Sodalício, conforme precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção, citados no item anterior.

Diante da inexistência de *bis in idem* na concomitante incidência da agravante do art. 61, II, "f", e da majorante do art. 226, II, ambos do CP, no caso concreto, restabeleço a reprimenda imposta na sentença, qual seja, 23 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

5. Dispositivo

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso especial ministerial a fim de restabelecer a agravante genérica prevista no art. 61, II, "f", do CP, e, conseqüentemente, restabelecer a reprimenda imposta na sentença condenatória.

Fixada a seguinte tese: **nos crimes contra a dignidade sexual, não configura *bis in idem* a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, "f", e da majorante específica do art. 226, II, ambos do Código Penal, salvo quando presente apenas a relação de autoridade do agente sobre a vítima, hipótese na qual deve ser aplicada tão somente a causa de aumento.**

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2022/0362093-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.038.833 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00068006320188130232 10232180006800003 68006320188130232

PAUTA: 25/09/2024

JULGADO: 13/11/2024
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUÍS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : S R
ADVOGADO : MARCELO RIBEIRO MACHADO - MG105042
INTERES. : A N D A A C - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : JAMES WALKER NEVES CORRÊA JÚNIOR - RJ079016
MARCIO GUEDES BERTI - PR037270
VICTOR MINERVINO QUINTIERE - DF043144
INTERES. : G D E A E D A S D P E E D N T S - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Odélio Bento da Silva Júnior (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente, pela parte Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O Dr. Victor Minervino Quintiere sustentou oralmente pela parte Interessada: Associação Nacional da Advocacia Criminal (ANACRIM).

O Dr. Hélio Soares Junior (Defensor Público do Estado da Bahia) sustentou oralmente pela parte Interessada: GAETS.

O Dr. Roberto Luís Oppermann Thomé (Subprocurador-Geral da República) sustentou oralmente como Custos Juris.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial ministerial a fim de restabelecer a agravante genérica prevista no art. 61, II, "f", do CP, e, conseqüentemente, restabelecer a reprimenda imposta na sentença condenatória, e fixou a seguinte tese quanto ao Tema Repetitivo n. 1215: "nos crimes contra a dignidade sexual, não configura bis in idem a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, "f", e da majorante específica do art. 226, II, ambos do Código Penal, salvo quando presente apenas a relação de autoridade do agente sobre a vítima, hipótese na qual deve ser aplicada tão somente a causa de aumento", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2022/0362093-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.038.833 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Os Srs. Ministros Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.