RECURSO ESPECIAL Nº 1.743.733 - SP (2018/0125501-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	P R C R
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNA DE CASSIA TEIXEIRA - DEFENSORA PÚBLICA - SP334912
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por P R C R com fundamento na alínea "c" do inc. III do art. 105 da Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 217-A, combinados com os artigos 226, II, e 61, II, "f", e 65, III, "d", todos do Código Penal – CP, à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 358/359).

A Defesa interpôs recurso de apelação que foi desprovido. O acórdão ficou assim ementado:

> *Estupro de vulnerável - Apelação - Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento da prática delitiva - Absolvição — Dcscabimento — Pena motivadamente dosada, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime - Sentença mantida - Recurso desprovido (fl. 412).*

Em sede de recurso especial, a Defesa alega que o Tribunal de origem deu interpretação diversa a entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pois admitiu a aplicação simultânea da agravante prevista no art. 61, II, "f", do CP, e da causa de aumento do art. 226, II, do CP, em *bis in idem*, porque o recorrente era padrasto e residia com a vítima ao tempo dos fatos. Para comprovação do dissídio, a defesa trouxe trecho de julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 974.481 da Relatoria do eminente Ministro Rogério Schietti Cruz. Requereu seja afastada a agravante.

Contrarrazões (fls. 468/479).

O recurso especial foi admitido (fl. 482).

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo desprovimento do

recurso especial (fls. 495/499).

É o relatório. Decido.

Sobre o dissídio jurisprudencial, a respeito da ocorrência de *bis in idem* na aplicação dos artigos art. 61, II, "f", do CP, e 226, II, do CP , verifica-se que a questão não foi tratada pelo Tribunal de origem. Cabe ressaltar que a referida tese sequer constou nas razões do recurso de apelação. Assim, o recurso não deve ser conhecido por ausência de prequestionamento, motivo pelo qual incidentes, por analogia, as Súmulas 282 e 356/STF. No mesmo sentido, cito precedente:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 4º, CAPUT, DA LEI Nº 7.492/86, E 62, I, DO CP. TESE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 4º, CAPUT, E 25, AMBOS DA LEI Nº 7.492/86. CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO NO DELITO. ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. ARESTO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DO STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal. (AgRg no AREsp 454.427/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 19/02/2015)*
>
> *[...]*
>
> *5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1061456/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017).*

Ressalte-se que o prequestionamento é necessário também para o reconhecimento de nulidades absolutas. Cito precedente:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO IMPUGNOU OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ*

QUANTO À MATÉRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TESE SUPERADA COM A SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

2. Mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias. Súmulas 282/STF e 356/STF.

[...]

4. Agravo regimental parcialmente conhecido, e nessa extensão, não provido (AgRg no AREsp 1229976/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/06/2018).

Diante do exposto, com fundamento no art. 932, III, do Código de Processo Civil – CPC, combinado com o art. 3º do Código de Processo Penal – CPP, não conheço do recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 05 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator