AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.289.534 - SP (2018/0107355-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	E M DA S
ADVOGADOS	:	WANDERLEY ABRAHAM JUBRAM - SP053258 GUILHERME ABRAHAM DE CAMARGO JUBRAM - SP272097 LUCAS AMÉRICO GAIOTTO - SP317965
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Agrava-se de decisão que não admitiu recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que deu provimento ao apelo ministerial para condenar o ora recorrente à pena de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelo cometimento do crime do art. 217-A do Código Penal.

Sustenta a defesa a violação dos arts. 20, 59, 65, II, "d", 215 e 217-A do Código Penal, alegando, em síntese: a) a existência de nulidade decorrente da ausência do réu na audiência de oitiva da ofendida; b) erro de tipo em razão da informação falsa da vítima acerca da sua idade; c) necessidade de relativização da vulnerabilidade; d) necessidade de desclassificação da conduta delitiva para a prevista no art. 215 do CP; e) ausência de fundamentação para o aumento da pena-base e; f) necessidade de reconhecimento da atenuante da confissão.

Contrarrazões às e-STJ fls. 1.690/1.697.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso às e-STJ fls. 1.690/1.697.

É o relatório. **Decido**.

Registre-se, inicialmente, que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "não cabe apreciação, pelo STJ, do pedido de efeito suspensivo a Recurso Especial feito nas próprias razões do recurso. A Ação

Cautelar é o meio adequado para requerer efeito suspensivo da decisão impugnada" (STJ, AgRg no REsp 1.538.963/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 4/2/2016).

Os elementos existentes nos autos informam que o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao apelo ministerial para condenar o ora recorrente à pena de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelo cometimento do crime do art. 217-A do Código Penal.

Sem razão a defesa quando alega a nulidade decorrente da ausência do réu na audiência de oitiva da vítima. Isso porque, conforme bem decidiu o Tribunal de origem, o artigo 217 da Lei Penal Adjetiva permite que o réu seja retirado da sala de audiências quando a sua presença causar humilhação, temor ou constrangimento à testemunha ou ao ofendido, prejudicando o seu depoimento. A propósito: RHC 102.306/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 10/10/2018)

Exatamente como no caso em apreço em que a vítima disse se sentir constrangida em depor na presença do réu, contando o ato com a presença do seu defensor.

As questões relativas ao erro de tipo e desclassificação da conduta não podem ser analisadas na via do recurso especial por não prescindirem do revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência do Enunciado n. 7/STJ. Confira-se:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE TIPO. CONTROVÉRSIA QUE DEMANDA REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. A pretendida absolvição do réu da prática do delito de estupro de vulnerável, por erro de tipo, ao fundamento de que não tinha conhecimento da real idade da vítima, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.*

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1104093/AL, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 21/05/2018)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A pretensão de desclassificação para importunação ofensiva ao pudor não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

3. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

4. A prisão preventiva está adequadamente motivada com base em elementos concretos extraídos dos autos, diante da gravidade da conduta criminosa, indicando a periculosidade do paciente que abordou adolescente de 13 anos que brincava com seus cachorros na praça, pegou-a à força pelos braços e tentou-lhe beijar na boca, não conseguindo consumar os atos libidinosos diversos da conjunção carnal por circunstâncias alheias à vontade, pois a vítima conseguiu se soltar.

5. A medida excepcional está fundamentada na garantia da ordem pública, em razão das várias passagens contidas na sua folha de antecedentes criminais, o que justifica o encarceramento do paciente para se evitar a reiteração criminosa, bem como por conveniência da instrução criminal, em virtude de o paciente residir próximo à vítima.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 466.234/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 19/12/2018)

Registre-se, ainda, que por força do recente julgamento do REsp Repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. Súmula n. 593 do STJ.

Não procede a alegação de ofensa ao art. 59 do Código Penal. Isso porque a pena-base foi exasperada com base em elementos que extrapolam o tipo penal do art. 217-A do CP. Confira-se:

> *Na estipulação da pena de partida, tenho que as circunstâncias do crime, de intensa gravidade, devem pesar em desfavor do apelado: trata-se de policial militar, pessoa paga pelos cofres públicos para combater a criminalidade; o computador por ele utilizado para a troca de mensagens íntimas com a vítima pertencia à sua Corporação; havia enorme diferença de idade entre ele e a ofendida, o que acentua o grau de reprovabilidade sobre o comportamento, já que pessoa experiente se aproveitou de adolescente ingênua e virgem; o contato com a vítima se deu através de fraude, tendo ele se apresentado inicialmente como mulher em um "bate-papo" pela internet, de modo a facilitar que a ofendida compartilhasse intimidades; papéis encontrados em poder dele apontam para o fato de que pretendia ainda aliciar outras vítimas. (e-STJ fl. 309)*

Já com relação à atenuante da confissão, com razão a defesa. Isso porque, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, parcial ou qualificada, judicial ou extrajudicial, ou, ainda que acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade, for utilizada para fundamentar a condenação, é incabível o afastamento da respectiva atenuante. Nessa linha: HC n. 461.100/SP, desta Relatoria, DJe 9/4/2019.

Assim, necessária a realização de nova dosimetria da pena.

Mantendo-se os cálculos efetuados na origem, mas reconhecendo-se a atenuante da confissão, para a qual aplico a redução em 1/6 (um sexto), fica a pena do recorrente definitivamente fixada em 8 (oito) anos,

10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Por fim, mantida a perda do cargo público, como bem fundamentou o acórdão de e-STJ fl. 298/311, e em conformidade com o art. 92, I, “b”, do Código Penal. A propósito: AgInt no REsp n. 1754693/AC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 5/12/2018; e AgRg nos EDcl no AREsp n. 903.057/PR, desta Relatoria, DJe 22/11/2018)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar parcial provimento** ao recurso especial apenas para redimensionar a pena do recorrente para 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator