



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.742.399 - SP (2018/0120519-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : I S D J
ADVOGADOS : TARSO SANTOS LOPES - SP278017
ESTEVAR DE ALCANTARA JUNIOR E OUTRO(S) - SP302621
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSIST. AC : K C DA S R
ADVOGADO : MARCOS ABUD ALVES E OUTRO(S) - SP152351

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 157 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. DISPOSITIVO INDICADO QUE NÃO OSTENTA COMANDO NORMATIVO SUFICIENTE PARA RESPALDAR A TESE DEFENSIVA. SÚMULA 284/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 203 DO CPP. VIOLAÇÃO DO ART. 564, IV, DO CPP. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO E PRECLUSÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 386, VII, DO CPP. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 71, *CAPUT*, DO CP. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO E PRECLUSÃO.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.742.399 - SP (2018/0120519-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Agravo regimental interposto por **I S D J** contra decisão monocrática, de minha lavra, assim ementada (fl. 1.189):

AGRAVO. DESCABIMENTO. ADMISSIBILIDADE PARCIAL NA ORIGEM. DEVOLUÇÃO INTEGRAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 157 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. DISPOSITIVO INDICADO QUE NÃO OSTENTA COMANDO NORMATIVO SUFICIENTE PARA RESPALDAR A TESE DEFENSIVA. SÚMULA 284/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 203 DO CPP. VIOLAÇÃO DO ART. 564, IV, DO CPP. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO E PRECLUSÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 386, VII, DO CPP. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 71, CAPUT, DO CP. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO E PRECLUSÃO.

Agravo não conhecido. Recurso especial não conhecido.

Primeiro, a defesa do agravante sustentou que o recurso especial não padece de deficiência na fundamentação com relação à tese de ilicitude na prova obtida mediante gravação ambiental, aduzindo que a *ilicitude da prova foi embasada na violação aos princípios constitucionais da privacidade e da intimidade – artigo 5º, X, CF – tal como consignado nas razões de apelo*, não incindindo, assim, o óbice da Súmula 284/STF (fl. 1.201).

Com relação à suposta violação do art. 203 do Código de Processo Penal, alegou que a ilegalidade arguida não foi fulminada pela preclusão consumativa, pois *foi suscitada nas razões finais de defesa e foi apreciada pelo juízo de piso, sendo, inclusive, objeto de apelação, oportunidade em que o Egrégio Tribunal de Justiça Bandeirante também se pronunciou sobre a questão, rechaçando a preliminar arguida, sob o fundamento de que não se desvencilhou o aqui recorrente do dever de demonstrar ou mesmo apontar a existência de prejuízo* (fls. 1.203/1.204).

Com relação à tese de nulidade por deficiência na defesa técnica (art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

564, IV, do CPP), afirmou que a questão, por consubstanciar nulidade absoluta, pode ser suscitada a *qualquer tempo* (fl. 1.206).

No que se refere à suposta violação do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, alegou que *não há questão fática a ser discutida, mas tão somente a valoração das provas carreadas aos autos, que demonstram inexistir prova robusta, segura, a amparar édito condenatório*, não incidindo a Súmula 7/STJ à espécie (fl. 1.209).

Por fim, no que se refere à suposta violação do art. 71 do Código Penal, reiterou que a questão está efetivamente prequestionada, colacionando o seguinte trecho do acórdão da apelação como evidência (fl. 788):

[...]

No caso, deve ser reconhecido o crime continuado, conforme previsto no artigo 71 do Código Penal, vez que o réu praticou atos libidinosos com as vítimas, por várias vezes, no interregno de quase cinco anos (conforme se extrai do depoimento das vítimas, especialmente do informado por Y em juízo), a pena deve ser acrescida de 1/2, resultando em definitivo em 18 (dezoito) anos de reclusão para cada um dos delitos imputados ao réu.

[...]

Disse, ainda, que a Corte de origem reconheceu o debate do tema na decisão de admissão do recurso especial.

Pugnou, assim, pela reforma da decisão agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.742.399 - SP (2018/0120519-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A decisão deve ser mantida.

Nas razões do recurso especial, a defesa do agravante suscitou violação dos arts. 157, 203, 386, VII, e 564, IV, todos do Código de Processo Penal, além do art. 71, *caput*, do Código Penal, aos seguintes argumentos (fls. 863/924):

1) Violação do art. 157 do Código de Processo Penal

Aduziu que é ilícita a prova obtida mediante gravação ambiental clandestina, ilicitude essa que contamina toda a prova dela derivada.

2) Negativa de vigência do art. 203 do Código de Processo Penal

Apontou ilicitude no procedimento adotado pelo juízo processante, no sentido de ouvir a assistente técnica da defesa apenas como informante, afirmando que tal procedimento causou prejuízo efetivo à defesa, já que a testemunha do juízo, indicada pelo assistente da acusação, não recebeu o mesmo tratamento, sendo compromissada.

3) Violação do art. 564, IV, do Código de Processo Penal

Suscitou nulidade decorrente da deficiência na defesa técnica, caracterizada pela não realização de nova perícia junto ao IMESC.

4) Violação do art. 386, VII, do Código de Processo Penal

Ressaltou que não há prova suficiente para a condenação, sendo de rigor a absolvição do agravante.

5) Violação do art. 71, *caput*, do Código Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Disse que o caso dos autos não contempla a aplicação da continuidade delitiva prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, pois, no caso, não houve emprego de violência física real ou grave ameaça.

No que se refere ao **item 1** (violação do art. 157 do CPP), o recurso especial é inadmissível, pois a norma tida como vulnerada não ostenta comando normativo suficiente para respaldar a tese defensiva.

Ora, tal dispositivo cinge-se a determinar o desentranhamento da prova ilícita; seria indispensável que o agravante indicasse, de forma clara e específica, quais dispositivos fundam a nulidade arguida (ilicitude na prova obtida mediante gravação ambiental clandestina), o que não se verifica na hipótese, circunstância que atrai a incidência da Súmula 284/STF.

Nesse sentido, destaco:

[...]

4. A indicação de preceito legal federal que não consigna em seu texto comando normativo apto a sustentar a tese recursal e a reformar o acórdão impugnado padece de fundamentação adequada, a ensejar o impeditivo da Súmula 284/STF.

[...]

(REsp n. 1.715.869/SP, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/3/2018)

Embora o agravante alegue, no presente agravo regimental, que foi citada norma constitucional como preceito normativo apto a fundar a tese de nulidade, é certo que o exame do tema encontra óbice na competência desta Corte, estabelecida em sede de constitucional (art. 105, III, da CF) que não comporta a análise de violação de dispositivo constitucional.

Sobre o tema, confira-se:

[...]

IV - No que diz respeito à irrisignação constante na alínea c da parte expositiva, tem-se o descabimento da análise da controvérsia no âmbito do recurso especial, uma vez que se trata de temática de natureza constitucional, questão afeta à competência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

(AgInt no REsp n. 1.635.462/RJ, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/2/2019)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com relação ao **item 2**, verifica-se que o tema foi fulminado pela preclusão, pois a defesa do agravante, não suscitou oportunamente, ou seja, na audiência, eventual nulidade decorrente do juízo não ter compromissado a assistente técnica da defesa, circunstância que atrai a preclusão consumativa, já que a nulidade arguida surgiu na audiência.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

[...]

4. A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que, para se reconhecer nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, "é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. (...)" (HC n. 446.528/SP, Rel. p/ acórdão Ministro Felix Fischer, j. 11/9/2018, DJe 20/9/2018).

[...]

(HC n. 481.490/PR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/12/2018)

[...]

IV - In casu, embora a audiência de instrução tenha ocorrido em 5/5/2016, e, na ocasião, os acusados tenham sido interrogados antes da oitiva das testemunhas, é necessário, a fim de que se reconheça a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, que a impugnação tenha sido tempestiva, ou seja, na própria audiência em que o ato foi realizado, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que os réus teriam sofrido com a citada inversão, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes.

V - Da leitura da ata da audiência (fls. 138-140), verifica-se os pacientes estavam acompanhados de defesa técnica, que em momento algum questionou o fato de seus clientes terem sido interrogados no início da assentada, tampouco há qualquer irresignação neste sentido em outro momento da instrução penal.

VI - A jurisprudência desta Corte de Justiça há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF, o que não ocorreu na hipótese.

Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 477.109/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/12/2018)

Nesse particular, ressalto que é indiferente o fato de o agravante ter suscitado o tema em sede de alegações finais, pois, como circunstanciado na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão, a eventual irregularidade, verificada em audiência, deveria ter sido suscitado quando da prática do ato, sendo inviável arguição futura ante a incidência do princípio da preclusão consumativa.

Quanto ao **item 3**, o reclamo carece de prequestionamento, pois a questão não foi debatida no acórdão impugnado; aliás sequer foi suscitada em sede de apelação, circunstância que também atrai a preclusão.

Ressalto, nesse particular, que o prequestionamento do tema recursal é imprescindível para a análise do recurso especial, **inclusive na hipótese de se tratar de matéria de ordem pública** (AgRg no AREsp n. 1.257.125/RJ, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/12/2018).

No mesmo sentido, confira-se:

[...]

3. A nulidade absoluta, embora passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, não prescinde, no estreito âmbito do recurso especial, do requisito do prequestionamento.

(AgInt no REsp n. 1.617.576/DF, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 6/12/2018)

Em relação ao **item 4**, o recurso encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois a conclusão almejada (insuficiência de provas para a condenação) demandaria o reexame dos elementos de convicção, providência vedada na via especial.

Nesse sentido, confira-se:

[...]

2. Diante de tal cenário, para se acolher a pretensão recursal, no sentido de absolver o insurgente por insuficiência de provas nos autos a amparar sua condenação, desconstituindo, com isso, as premissas fixadas no acórdão recorrido, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

[...]

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.327.922/SE, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14/2/2019)

Por fim, no que se refere ao **item 5**, o reclamo carece de prequestionamento, pois a questão não foi debatida no acórdão impugnado, aliás



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nem sequer foi suscitada em sede de apelação, circunstância que também atrai a preclusão.

Ressalto, nesse particular, que o trecho do acórdão hostilizado, transcrito pelo agravante, não infirma o *decisum*.

Veja-se que o excerto mencionado pelo agravante, na realidade, diz respeito à sentença, que foi transcrita pela Corte de origem (fls. 787/788):

[...]

Da dosimetria da pena, foram assim fixadas:

"A seguir, passo a dosimetria da pena, aplicando-se o critério trifásico, nos termos do artigo 59 e 68 do Código Penal culpabilidade é normal à espécie, nada tendo a valorar. Poucos elementos foram coletados sobre a conduta social do acusado, bem como sobre sua personalidade, motivo pelo qual deixo de sopesá-las, valendo, ainda, destacar que o réu não possui tecnicamente antecedentes criminais.

Por tais razões, fixo a pena -base no mínimo legal, qual seja 08 (oito) anos de reclusão, para cada um dos crimes imputados ao réu.

Na segunda fase da dosimetria, deixo de aplicar a agravante prevista no artigo 61, inciso II, letra "J", do Código Penal, visto que farei incidir na terceira fase a causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal e considerar as duas levaria ao proibitivo legal do ne bis in idem.

Não há circunstâncias atenuantes.

Assim, ausentes agravantes e atenuantes, mantenho a pena em 08 anos de reclusão para cada um dos delitos.

Na terceira fase de aplicação da pena, vislumbro a necessidade de incidência da causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, em metade da pena, fixando-a em 12 anos de reclusão para cada um dos delitos descritos na denúncia, haja vista o réu ser padrasto da vítima Y e pai adotivo da vítima G e por essa razão exercia autoridade sobre elas.

No caso, deve ser reconhecido o crime continuado, conforme previsto no artigo 71 do Código Penal, vez que o réu praticou atos libidinosos com as vítimas, por várias vezes, no interregno de quase cinco anos (conforme se extrai do depoimento das vítimas, especialmente do informado por Y em juízo), a pena deve ser acrescida de 1/2, resultando em definitivo em 18 (dezoito) anos de reclusão para cada um dos delitos imputados ao réu.

Ademais, aplicável à espécie o concurso material, na forma do disposto no artigo 69 do Código Penal, tendo em vista que os crimes foram praticados contra vítima diferentes, restando ao réu a pena total de 36 (trinta e seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 612/616).

Da aplicação da lei mais benéfica Convém tecer breves comentários acerca da retroatividade da lei penal, já que o apelante requereu a aplicação da Lei 12.015/2009 por lhe ser mais benéfica.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não houve nenhum debate no Tribunal *a quo* acerca da referida causa de aumento, sendo certo que o prequestionamento demandaria não só o exame da questão (continuidade delitiva), mas também da tese recursal, ou seja, a violação do preceito normativo indicado sob o enfoque suscitado pela defesa na razões do recurso, circunstância efetivamente não verificada no caso.

Nesse sentido, confira-se:

[...]

7. Não ocorrendo o debate do preceito federal dito violado, sob o enfoque dado pela parte em seu recurso especial, inexistente o prequestionamento necessário ao trânsito do recurso especial.

[...]

(REsp n. 1.758.958/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 25/9/2018)

Cumpre destacar, ainda, que a questão nem sequer foi suscitada pela defesa em sede de apelação, sendo, assim, fulminada pela preclusão.

Quanto ao juízo de admissibilidade efetivado na origem, é certo que não tem caráter vinculativo, pois cabe a esta Corte, órgão destinatário do recurso especial, realizar o juízo definitivo de admissibilidade.

Sobre o tema, confira-se:

[...]

1. O juízo de admissibilidade do recurso especial é bifásico. A decisão proferida pelo Tribunal de origem não vincula o Superior Tribunal de Justiça na aferição dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial. Isso porque compete a esta Corte, órgão destinatário do recurso especial, o juízo definitivo de admissibilidade. Precedentes.

[...]

(EDcl no AgInt no REsp n. 1.747.208/SC, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 18/12/2018)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0120519-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.742.399 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022303920128260634 00363740000 22303920128260634 363740000 431/2012 4312012
RI00363740000

PAUTA: 23/04/2019

JULGADO: 23/04/2019
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : I S D J
ADVOGADOS : TARSO SANTOS LOPES - SP278017
ESTEVAR DE ALCANTARA JUNIOR E OUTRO(S) - SP302621
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : I S D J
ADVOGADOS : TARSO SANTOS LOPES - SP278017
ESTEVAR DE ALCANTARA JUNIOR E OUTRO(S) - SP302621
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSIST. AC : K C DA S R
ADVOGADO : MARCOS ABUD ALVES E OUTRO(S) - SP152351

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : I S D J
ADVOGADOS : TARSO SANTOS LOPES - SP278017
ESTEVAR DE ALCANTARA JUNIOR E OUTRO(S) - SP302621
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSIST. AC : K C DA S R
ADVOGADO : MARCOS ABUD ALVES E OUTRO(S) - SP152351

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.