



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.299 - SP (2018/0225809-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : LARISSA PALERMO FRADE E OUTROS
ADVOGADO : RENATO FEDERICO - SP335485
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R P

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. ART. 215 DO CÓDIGO PENAL – CP. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA COM MODIFICAÇÃO DO REGIME. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. Não é cabível a utilização do *habeas corpus* como substitutivo do meio processual adequado.

2. O paciente foi condenado como incurso no art. 215 do Código Penal (violação sexual mediante fraude), à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, no regime fechado.

3. A pena-base foi majorada em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis referentes à condição profissional e a formação do paciente, bem como pela culpabilidade excessiva decorrente do *modus operandi*. Na segunda fase, houve o reconhecimento da agravante de inobservância dos deveres inerentes à profissão.

4. Na primeira fase foram reconhecidas duas circunstâncias judiciais, em decorrência do agente ostentar a condição de médico, o que caracteriza a ocorrência do *bis in idem*, devendo prevalecer destarte somente uma circunstância. Por outro lado, registra-se, ainda que a culpabilidade confunde-se com as próprias elementares do tipo penal, merecendo ser rechaçada.

Assim, deve ser mantida somente uma circunstância judicial negativa, com o aumento de 1/6, perfazendo a pena-base 2 anos e 4 meses.

5. Já o aumento da segunda fase deve ser mantido, todavia, no percentual de 1/6, porquanto o paciente praticou o crime em violação ao dever inerente à sua profissão de médico, como está previsto na alínea "g" do inciso II do art. 61 do Código Penal.

6. Assim, a pena resta fixada em 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, no regime semiaberto.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, em parte.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder, em parte, de ofício e julgar prejudicado o pleito de fls. 86/94, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

PRESENTE NA TRIBUNA: DRA. LARISSA PALERMO FRADE (P/PACTE).

Brasília, 14 de maio de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.299 - SP (2018/0225809-6)

IMPETRANTE : LARISSA PALERMO FRADE E OUTROS
ADVOGADO : RENATO FEDERICO - SP335485
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R P

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de R P, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0006051-91.2011.8.26.0050, assim ementado:

"SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO DELITO DE VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE (CP, ART. 215) APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO O RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA E A MAJORAÇÃO DA PENA. RECURSO DA DEFESA ARGUIÇÃO DE PRELIMINARES DE NULIDADE ALEGAÇÕES DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA BUSCAR A ABSOLVIÇÃO, COM PLEITOS SUBSIDIÁRIOS DE REDUÇÃO DAS PENAS E FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO.

NULIDADE INOCORRIDA AUSÊNCIA DE PLEITO TEMPESTIVO DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL, RESTANDO PRECLUSA A MATÉRIA DIANTE DO ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO JUIZ DO PROCESSO, DE RESTO, QUE É O DESTINATÁRIO DA PROVA, A ELE CABENDO AFERIR A PERTINÊNCIA E A NECESSIDADE DE DILIGÊNCIAS PRELIMINAR AFASTADA.

VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE MATERIALIDADE E AUTORIA CRIMINOSAS BEM DEMONSTRADAS PROFISSIONAL DE MEDICINA QUE SIMULA PROCEDIMENTO DE EXAME CLÍNICO PARA PRATICAR ATOS LIBIDINOSOS COM A VÍTIMA PALAVRAS DA OFENDIDA QUE SE DEVEM CONSIDERAR COM PRIMAZIA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO, INFIRMADA A VERSÃO ESCUSATÓRIA DOLO EVIDENCIADO, INADMISSÍVEL ARGUMENTAR COM ATIPICIDADE DA CONDUTA CONDENAÇÃO MANTIDA, NÃO SE VISLUMBRANDO EXCLUDENTES DOSAGEM DAS PENAS CORRETA, FIXADA A PENA BASE ACIMA DO PISO COM MOTIVAÇÃO CORRETA INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DESCRITA NA DENÚNCIA REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO ESTIPULADO CORRETAMENTE, NÃO SENDO RECOMENDÁVEL A CONCESSÃO DE BENESSES RECURSOS DESPROVIDOS." (fls. 21/22)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A defesa diz que não houve fundamentação adequada para a majoração da pena-base em 2/3, bem como pela aplicação da circunstância agravante prevista na alínea "g" do inciso II do art. 61 do Código Penal – CP.

Busca, ainda, a fixação do regime aberto para o início de cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida por decisão de fls. 56/57.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus*. (fls. 64/70)

Na petição de fls. 86/94, houve novo pedido de liminar, porquanto o paciente foi preso no último dia 10 de abril.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.299 - SP (2018/0225809-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

O juiz de piso, ao fixar a pena, registrou:

"Passo à individualização da pena.

Atento aos elementos contidos no artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias judiciais não são nada favoráveis ao acusado. O réu é médico, especialista em ginecologia, devendo respeitar e tratar as suas pacientes com dignidade. Na sua condição, a vítima confiava plenamente na sua conduta e viu envolvida em grave crime, que inegavelmente causa inúmeros transtornos psicológicos a qualquer vítima. A reprovabilidade da conduta do acusado é muito maior em se comparando com condutas de indivíduos que não possuem a graduação e a condição do réu, de modo que a fixação da pena em patamar mínimo violaria de forma flagrante o princípio da isonomia. Assim, elevo a pena em 2/3 (dois terços), resultando nesta fase na pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase, deve incidir a agravante do artigo 61, inciso II, alínea 'g' do Código Penal, pois o crime foi praticado com abuso de confiança e violação a dever inerente à profissão de médico do acusado. Assim, elevo a pena em mais metade 1/3, resultando na pena de 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Não existem causas de aumento ou de diminuição de pena, motivo pelo qual torno definitiva a pena de 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, bem como em razão da incidência da agravante, considerando-se, ainda, a gravidade em concreto do delito." (fls. 42/43)

Por sua vez, o Tribunal de origem, assentou, no julgamento da apelação e dos embargos de declaração, respectivamente:

"Assim, não se vislumbrando excludentes, e afastados os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumentos recursais defensivos, afigura-se correta a condenação do réu como incurso no artigo 215, do Código Penal, passando-se ao reexame da dosagem da reprimenda.

Observando-se o sistema trifásico (art. 68 do CP), cumpre ver que a pena base era mesmo de fixar-se acima do piso em 3 anos e 4 meses de reclusão, porque desfavoráveis ao agente as circunstâncias judiciais, referindo o MM Juiz detidamente à condição profissional e à formação dele, vislumbrando exacerbada culpabilidade diante do seu 'modus operandi', a simular procedimento clínico para constranger a vítima à prática de atos de conotação sexual e cometendo atos de sucessiva maior gravidade.

Não houve qualquer exacerbação ilegal ou desmotivada, pois o artigo 59 do Código Penal não atribui quantitativos fixos e absolutos para cada uma das circunstâncias judiciais, de forma que a fixação da pena-base não constitui uma operação matemática, se impondo ponderar a relevância e a gravidade em concreto de cada uma das circunstâncias negativas (AgReg no REsp nº 1.422.038/AL, rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, j. em 18.12.2014). Entendimento de resto já pacificado (HC nº 107.626/MS, rel. Min^a Carmem Lúcia, j. em 2.10.2012). Nem havendo direito público subjetivo à fixação da reprimenda no mínimo que resultasse tão só da primariedade.

Na segunda fase, lícita a incidência da agravante do artigo 61, inciso II, alínea 'g' do Código Penal, arrimada em circunstância diversa - a inobservância dos deveres inerentes à profissão, a resultar em 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, nem estando o julgador vinculado por alguma norma legal a qualquer fração ou percentual de aumento, como é ressabido. E ausentes, no caso, quaisquer causas modificadoras, a sanção tornou-se definitiva, a reputar-se como adequada para o alcance de suas finalidades repressiva, preventiva e de ressocialização.

Cabendo então a lembrança do entendimento reiterado no sentido de que a dosimetria é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial, cabendo às instâncias ordinárias, porque mais próximas dos fatos e das provas, fixar a reprimenda, e competindo aos Tribunais a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias (HC nº 120.283/SP, rel. Min^a Rosa Weber, j. em 17.12.2013). E isto aqui não se viu, se impondo prestigiar-se e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao apenamento, porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com o acusado e sua personalidade.

O regime inicial escolhido foi o fechado, único necessário e suficiente para reprovação e prevenção dos delitos, inclusive a teor dos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal, ainda que não fosse pelo quantum das penas e anotadas as desfavoráveis circunstâncias judiciais.

Como já se decidiu, 'deve-se considerar também que o agente que se dá à prática de crimes contra a liberdade sexual, trazendo risco concreto à integridade física ou psíquica da vítima, quase sempre menor de idade, demonstra possuir personalidade distorcida e periculosidade, a recomendar a adoção de regime mais rigoroso.' (Apel. nº 0001620-54.2009.8.26.0318, rel. Edison Brandão, j. em 15.05.2012). E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fixação de regime mais brando não se mostraria, no caso concreto, como eficiente para a reeducação do réu.

Enfim, reitera-se não há ilicitude na fixação de regime inicial mais severo ao condenado à pena inferior a 8 anos de reclusão, nem estando o julgador atrelado apenas e tão somente ao quantum da reprimenda corporal para a escolha do regime de cumprimento (AgReg no AREsp nº 169.855/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior j. em 16.5.2013).

E a concessão de benesses como a substituição da pena corporal ou a suspensão do processo, *in casu*, nem se mostraria como recomendável, ausentes os requisitos legais (CP, arts. 44, III, e 77, II)." (fls. 28/31)

"No que refere à dosagem das penas a Turma Julgadora entendeu acertada a fixação da pena base acima do piso na sentença, desde que consignadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis como condição profissional e à formação do réu duas coisas distintas, vislumbrada excessiva culpabilidade diante do seu 'modus operandi', a simular procedimento clínico para constranger a vítima, que nele confiava, à prática de atos de conotação sexual sucessivamente de maior gravidade. E ficou constando do acórdão, expressamente, que não havendo direito público subjetivo à fixação da reprimenda no mínimo que resultasse tão só da primariedade, o artigo 59 do Código Penal não atribui quantitativos fixos e absolutos para cada uma das circunstâncias judiciais, não constituindo a fixação da pena-base uma operação matemática mas se impondo ponderar a relevância e a gravidade em concreto de cada uma das circunstâncias negativas, exatamente como se procedeu.

Depois, considerou-se lícita a incidência da agravante relativa à inobservância dos deveres inerentes à profissão coisa diversa das circunstâncias já apontadas, a tornar assim definitiva a sanção penal, bem escolhido de resto o regime inicial mais gravoso por conta das características do fato, por isso que se negou provimento à apelação (v. fls. 376/378)." (fl. 16)

Como visto, o paciente foi condenado como incurso no art. 215 do Código Penal (violação sexual mediante fraude), à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, no regime fechado.

A pena-base foi majorada em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis referentes à condição profissional e formação do paciente, bem como pela culpabilidade excessiva decorrente do *modus operandi*. Na segunda fase, houve o reconhecimento da agravante de inobservância dos deveres inerentes à profissão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por oportuno, confira-se o tipo em discussão:

"Violação sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos."

Na primeira fase houve o reconhecimento de duas circunstâncias judiciais, em decorrência do paciente ostentar a condição de médico, o que caracteriza a ocorrência do *bis in idem*, devendo prevalecer destarte somente uma circunstância. Por outro lado, registra-se, ainda que a culpabilidade confunde-se com as próprias elementares do tipo penal, merecendo ser rechaçada.

Assim, deve ser mantida somente uma circunstância judicial negativa, com o aumento de 1/6, perfazendo a pena-base 2 anos e 4 meses.

Já o aumento da segunda fase deve ser mantido, todavia no percentual de 1/6, porquanto o paciente praticou o crime em violação ao dever inerente à sua profissão de médico, como está previsto na alínea "g" do inciso II do art. 61 do Código Penal, *verbis*:

"Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão"

Finaliza-se a dosimetria da pena, a qual resta fixada em 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, no regime semiaberto, em virtude da manutenção de uma circunstância judicial negativa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.
Todavia, concedo a ordem, de ofício, em parte, para reduzir a reprimenda para 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, no regime semiaberto, ficando, desta forma, prejudicado o pleito de fls. 86/94.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0225809-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 467.299 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00060519120118260050 050110060512 20180000643759 2018000472574 50110060512
60519120118260050

EM MESA

JULGADO: 14/05/2019
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LARISSA PALERMO FRADE E OUTROS
ADVOGADO : RENATO FEDERICO - SP335485
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R P

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Posse Sexual Mediante Fraude

SUSTENTAÇÃO ORAL

PRESENTE NA TRIBUNA: DRA. LARISSA PALERMO FRADE (P/PACTE)

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu, em parte, "Habeas Corpus" de ofício e julgou prejudicado o pleito de fls. 86/94, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.