

Violação sexual mediante fraude - Art. 215 do Código Penal - Vítima - Garota de programa - Ausência de erro - Liberdade sexual preservada - Crime não configurado - Absolvição - Roubo - Tentativa - Aumento da fração majorante - Duas causas de aumento - Impossibilidade - Precedentes do STF e do STJ - Súmula 443/STJ

Ementa: Apelação criminal. Inconformismo ministerial. Violação sexual mediante fraude. Crime não configurado. Absolvição mantida. Tentativa de roubo. Presença de duas causas de aumento. Elevação da reprimenda em 3/8. Critério quantitativo. Redução imposta. Inteligência da Súmula 443 do colendo STJ.

- O crime de violação sexual mediante fraude, denominado pela doutrina de estelionato sexual, configura-se quando a vítima é induzida a erro em relação à identidade do agente ou mesmo sobre a legitimidade da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. A fraude deve ser capaz de viciar a vontade do sujeito passivo de modo a fazê-lo consentir na relação sexual; portanto, o engano produzido deve recair sobre aspectos essenciais de uma situação de fato que, se a vítima tivesse conhecimento, não praticaria o ato de natureza sexual.

- “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula 443/STJ).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.12.096645-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: B.H.P.A., J.L.V. - Vítima: M.I.M. - Relatora: DES.ª MÁRCIA MILANEZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2013. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - J.L.V. e B.H.P.A., qualificados nos autos, foram denunciados como incursores nas sanções dos artigos 215 e 157, § 2º, I e II, este na forma do art. 14, II, todos do Código Penal.

Sobre os fatos, consta da denúncia que, no dia 15 de março de 2012, por volta das 18h56min, no Hotel Brilhante, situado na Rua Guaicurus, nº 660, Bairro Centro, nesta Capital, os denunciados, agindo em conluio

de vontades e unidade de desígnios, tiveram conjunção carnal com a vítima M.I.M., mediante fraude, dificultando sua livre manifestação de vontade no consentimento com o ato sexual. Na mesma oportunidade, os denunciados tentaram subtrair, mediante violência real e grave ameaça com uso de uma arma branca, quantia não especificada da vítima (f. 02/04).

Concluída a instrução probatória, o i. Juiz sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial, para absolver os acusados do crime de violação sexual mediante fraude, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, condenando-os por tentativa de roubo duplamente majorado, cada um a cumprir 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, bem como ao pagamento de 4 (quatro) dias-multa, concedendo-lhes o *sursis* (f. 129/133).

Inconformado, recorreu o representante do Ministério Público (f. 144-verso). Em suas razões, busca a condenação dos réus pelo crime sexual, ao argumento de que há comprovação de que os apelados mantiveram relações com a vítima mediante fraude, ou seja, prometeram e não pagaram o programa combinado. Requer, quanto ao roubo tentado, o aumento das penas, alterando-se a fração decorrente do reconhecimento de duas majorantes (f. 148/157).

Apresentadas as contrarrazões defensivas (f. 158/165 e 173/177), a douta Procuradoria de Justiça, nesta instância, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo (f. 185/188).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos condicionantes de admissibilidade.

Segundo consta da denúncia, no dia 15 de março de 2012, no Hotel Brilhante, localizado na Rua dos Guaicurus, nº 660, Bairro Centro, nesta Capital, os denunciados combinaram com a vítima um programa sexual, pelo valor de R\$60,00 (sessenta reais), obtendo, assim, o consentimento para a conjunção carnal mediante a promessa de pagamento em dinheiro. Após consumarem o ato sexual, os acusados negaram-se a efetuar o pagamento e ainda imobilizaram e enforcaram a vítima, ameaçando-a com um canivete, exigindo que ela entregasse todo o dinheiro que possuía. Contudo, a vítima conseguiu acionar um alarme, sendo os acusados detidos por dois seguranças que trabalhavam no local, até a chegada da Polícia Militar, que efetuou a prisão dos dois em flagrante delito.

Não se conforma a acusação, inicialmente, com a absolvição dos réus quanto ao crime de violação sexual mediante fraude. Em resumo, alega o d. representante do Ministério Público que há comprovação da autoria e da materialidade do delito, substanciadas na confissão dos acusados no APFD e nas declarações da vítima. Ressalta, ainda, que a conduta praticada pelos réus é típica, porquanto mantiveram relação sexual com a vítima mediante fraude, qual seja promessa não cumprida de

pagamento do valor do programa, acertado em R\$60,00, sendo irrelevante a profissão por ela exercida.

Nos termos do art. 215 do Código Penal, alterado pela Lei 12.015/09:

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.

Cuida-se de crime de ação pena pública condicionada à representação (art. 225 do Código Penal), que visa proteger a liberdade sexual e que pune a conduta do agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima.

É denominado pela doutrina de estelionato sexual, que se configura quando a vítima é induzida ao erro em relação à identidade do agente ou mesmo sobre a legitimidade da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. A fraude deve ser capaz de viciar a vontade do sujeito passivo de modo a fazê-lo consentir na relação sexual; portanto, o engano produzido deve recair sobre aspectos essenciais de uma situação de fato que, se a vítima tivesse conhecimento, não praticaria o ato de natureza sexual.

No caso em exame, não há dúvida de que os dois acusados mantiveram relação sexual com a vítima. Ambos confessaram que combinaram o programa com a ofendida, mas, ao final, não efetuaram o pagamento. Embora, em juízo, ambos se tenham retratado, não apresentaram qualquer argumento plausível para a alteração das primeiras declarações. A orientação predominante da jurisprudência é no sentido de que não se pode desprezar a confissão espontânea prestada na fase indiciária, particularmente quando guardar coerência com as demais provas dos autos. Nesse sentido:

As confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas só por elementos de prova, inclusive circunstâncias (RT 723/636).

Mostra-se como indicio suficiente para caracterização da culpa a confissão extrajudicial que seja harmoniosa a dados concretos e particulares sobre o modo de comissão do crime, mormente se a alegação de constrangimento do confitente não for verossímil ou não se esclarecer o motivo da sua retração em juízo (RT 755/652).

Por outro lado, tratando-se de delito de cunho sexual, na maioria das vezes, praticado às escondidas, torna-se extremamente importante a palavra da vítima, quando firme e coerente com os demais elementos probatórios constantes dos autos, como no caso.

Contudo, não vejo como alterar a solução dada pelo i. Julgador monocrático.

Com efeito, não houve erro por parte da vítima quanto à identidade dos agentes nem quanto à legiti-

midade da relação sexual. A ofendida se entregou espontaneamente aos clientes, de modo que o prejuízo não foi na sua liberdade sexual, mas sim em seu patrimônio, porquanto deixou de receber o dinheiro prometido. Ressalte-se que a vítima tinha, sim, liberdade de recusar o programa com os acusados. Embora sua escolha tenha sido motivada por um interesse pessoal não satisfeito, este fato, por si só, não é suficiente para configurar o crime do art. 215 do Código Penal, pelo que entendo que deve ser mantida a absolvição.

No que se refere à pena do roubo tentado, busca o representante do Ministério Público a alteração das sanções impostas aos acusados, especialmente na segunda fase de aplicação da pena, pretendendo que a fração majorante seja aumentada para 3/8, por estarem presentes duas causas de aumento, quais sejam o emprego de arma e o concurso de pessoas.

Todavia, não obstante já tenha me filiado ao entendimento esposado pelo Ministério Público em suas razões recursais, passei a conceber que o simples reconhecimento de duas majorantes no crime de roubo não autoriza, por si só, a aplicação de maior fração de aumento.

Isso porque a utilização do critério quantitativo contraria a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal e do colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a existência de mais de uma causa de aumento de pena não justifica uma maior elevação da reprimenda, o que deve ser justificado com base no potencial lesivo de cada uma delas, ou seja, critério qualitativo, entendimento este, inclusive, sumulado no col. STJ.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Penal. Roubo circunstanciado. Arma de fogo. (1) Exame pericial. Não apreensão do instrumento. Dispensabilidade para a caracterização da causa especial de aumento, quando provado o seu emprego na prática do crime, como no caso, pelo firme e coeso depoimento das vítimas. Orientação firmada pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 961.863/RS. (2) Reconhecimento de duas causas de aumento de pena. Acréscimo fixado em 2/5. Ausência de fundamentação. Ilegalidade. Incidência da Súmula nº 443/STJ. (3) Maus antecedentes: Ausência de condenações transitadas em julgado. Impossibilidade. Incidência da Súmula nº 444/STJ. Pena-base reduzida ao mínimo legal. Circunstâncias judiciais favoráveis. (4) Fixação do regime fechado. Ilegalidade. Readequação. Regime inicial semiaberto. Súmula nº 440/STJ. *Habeas corpus* parcialmente concedido. [...] 5. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula nº 443 deste Tribunal. [...]. (HC 204.247/SP, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25.09.2012, DJe de 02.10.2012.)

Habeas corpus. Roubo circunstanciado. 1. Apreensão e perícia da arma de fogo. Prescindibilidade para a incidência da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Emprego do artefato atestado pelas testemunhas. 2. Aumento da pena

na fração de 3/8 (três oitavos), sem a necessária fundamentação. Constrangimento ilegal. Ofensa ao Enunciado nº 443 da Súmula desta Corte. 3. Reconhecimento da continuidade delitiva. Matéria probatória. Impropriedade da via do *writ*. 4. Roubo consumado. Desnecessidade da posse mansa e pacífica da coisa subtraída. Ordem parcialmente concedida. - 1. No julgamento do EREsp nº 961.863/RS, ocorrido em 13.12.2010, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovada, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido. 2. "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Súmula 443/STJ). 3. O reconhecimento da continuidade delitiva depende da verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à sua aplicação, o que implica o reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, providência essa incompatível com a estreita via do *mandamus*. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima. 5. *Habeas corpus* parcialmente concedido tão somente a fim de reduzir as reprimendas para 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnado. (HC 184.371/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 11.09.2012, DJe de 19.09.2012.)

No mesmo sentido, este Tribunal vem decidindo:

Apelações criminais. Roubo majorado e extorsão. Absorção do delito de roubo pelo crime de extorsão. Impossibilidade. Participação de menor importância. Inocorrência. Decote da majorante prevista no inciso V, § 2º, art. 157 do CP. Redução do *quantum* de aumento de pena referente às majorantes previstas no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo majorado e extorsão. Cabimento. - O dolo referente aos delitos de roubo e extorsão é distinto, sendo que o primeiro crime não constitui meio necessário ou normal fase de preparação ou execução para o segundo, motivos pelos quais o delito de extorsão não absorve o de roubo. - Comprovado que os réus agiram em conjunto e com unidade de desígnios, dividindo, entre si, tarefas, tendo todos participação decisiva no deslinde dos fatos, inviável o reconhecimento da participação de menor importância. - Demonstrado que no delito de roubo não houve qualquer restrição de liberdade da vítima, sendo que os agentes não mantiveram o ofendido em seu poder por tempo considerável e superior ao necessário para a prática dos atos executórios, imperioso é o decote da majorante prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do CP. - O simples reconhecimento de duas majorantes no crime de roubo - emprego de arma de fogo e concurso de agentes - não autoriza, desde logo, a aplicação de maior fração de aumento, sem que seja devidamente fundamentada a necessidade da exasperação. - O roubo e a extorsão ofendem, de maneira ampla, o mesmo bem jurídico, devendo ser considerados crimes da mesma espécie, sendo cabível,

portanto, a aplicação da continuidade delitiva (Apelação Criminal nº 1.0027.10.006489-1/001, Rel. Des. Herbert Carneiro, 4º Câmara Criminal, julgamento em 06.02.2013, publicação da súmula em 20.02.2013).

Portanto, a exasperação da pena além do mínimo legal de 1/3, em razão da incidência de majorantes, só se justifica se, no caso concreto, houver, por exemplo, grande número de participantes na empreitada criminosa, expressiva potencialidade vulnerante das armas utilizadas, o que não se verifica no caso em comento.

Fica, assim, integralmente mantida a r. decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - De acordo com a Relatora.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - De acordo com a Relatora.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.