

**Estupro - Atentado violento ao pudor -
Declaração da vítima - Valoração da prova -
Condenação - Fixação da pena - Crime
continuado - Requisitos - Aplicabilidade -
Voto vencido**

Ementa: Apelação. Recurso do Ministério Público. Estupro e atentado violento ao pudor. Palavra da vítima confirmada por outros elementos probatórios. Condenação decretada. Continuidade delitiva. Crimes da mesma espécie. Conceito. Possibilidade de reconhecimento no concurso entre estupro e atentado violento ao pudor. Aplicabilidade do art. 71 do Código Penal. Precedentes do STJ.

- Apresentando-se o conjunto probatório coeso e consistente na comprovação da autoria e materialidade do crime, lastreado na palavra da vítima e demais elementos de convicção, é de se reformar a sentença absolutória para condenar o réu pelos crimes sexuais descritos na denúncia.

- Admite-se a continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor porquanto o art. 71 do Código Penal, ao mencionar que os delitos devem ser da mesma espécie, não quis dizer que devem ser idênticos, pois, quando pretendeu essa significação, o legislador penal usou a terminologia específica, como na redação dos arts. 69 e 70 do diploma penal - concurso material e formal de delitos.

- Delitos da mesma espécie não podem ser somente os previstos no mesmo tipo legal, pois, nesse caso, seriam crimes idênticos, significado não pretendido pelo legislador ao dispor sobre a continuidade delitiva, significando aqueles que, pertencendo a um mesmo gênero, ou seja, bem jurídico tutelado, apresentam características objetivas e subjetivas semelhantes.

V.v.p.: - Apelação criminal. Atentado violento ao pudor e estupro. Crimes de espécies diversas. Aplicação do concurso material.

- Em se tratando de crimes de atentado violento ao pudor e estupro, impõe-se o reconhecimento do concurso material por cuidar-se de delitos de espécies diversas (Des. Vieira de Brito).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0384.05.039856-7/001 - Comarca de Leopoldina - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Antônio Carlos da Silva - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. - Alexandre Victor de Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - I - Relatório.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público visando à reforma da sentença que absolveu o apelado pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em concurso material contra a vítima N.C.

A instrução transcorreu normalmente e, ao final, sobreveio a sentença hostilizada que absolveu o acusado, considerando a fragilidade probatória.

Inconformado, apela o *Parquet*, pugnando pela reforma da sentença para que seja absolvido.

Após o oferecimento das contra-razões recursais (f. 120/129), foi aberta vista à Procuradoria de Justiça que opinou pelo provimento do recurso (f. 146/152).

É o relatório.

II - Conhecimento.

Conheço do recurso em face do ajuste legal.

III - Mérito.

Assiste razão ao Ministério Público quando pugna pela reforma da sentença para condenar o apelante, nos termos da exordial.

O conjunto probatório é idôneo, demonstrando de forma satisfatória a autoria e materialidade dos delitos sexuais narrados na denúncia.

Em primeiro lugar, cite-se a prova pericial, que comprovou a violência utilizada pelo acusado e sofrida pela vítima, inclusive, com lesões corporais (f. 29-31), além dos vestígios de ato sexual.

A perícia realizada no local do delito comprovou, uma vez mais, a violência empregada, inclusive com fotos de manchas de sangue no lugar do evento criminoso (f. 43/48).

A faca utilizada no crime foi apreendida e periciada, demonstrando o seu potencial lesivo (f. 49).

A prova testemunhal também é isenta de dúvidas.

A começar pelas declarações da vítima, que foram consistentes e bastante esclarecedoras.

As duas contradições apontadas pela sentença para motivar a absolvição do acusado, ao meu sentir, não se sustentam.

A primeira, referente ao reconhecimento da voz do apelado quando este ligou para a ofendida, fazendo-se passar pelo ex-namorado. É plenamente possível essa ausência de reconhecimento, seja pela qualidade da ligação, seja pelas circunstâncias emocionais do momento, que, muitas vezes, induzem ao erro.

A segunda refere-se ao tempo que durou toda a ação criminosa, o que possibilitaria fuga à vítima.

Uma vez mais, trata-se de um dado inconsistente.

É muito difícil buscar racionalidade de reações em eventos de tamanha violência. É possível até uma ação retardada da vítima de somente reagir tempos depois do ocorrido. É possível, até, a inércia da ofendida, mesmo em face de tamanha violência perpetrada pelo agente.

O medo conduz a reações diferentes em pessoas distintas.

Portanto, é bem provável que a vítima, tomada pelo temor, preferiu cumprir o determinado pelo autor a sair emabalada fuga.

O fato é que, ao chegar em casa, em prantos, relatou tudo o que passou à sua própria mãe, evidenciando, assim, a veracidade de seu relato na polícia e em juízo.

O depoimento de f. 73 é muito claro a respeito da violência sofrida pela ofendida e não pode ser considerado.

O réu, em juízo, confirmou a prática de relações sexuais com a vítima, negando, contudo, o uso da violência.

Todavia, não soube precisar o porquê de usar uma faca durante o ato sexual (?) e, principalmente, como a vítima acabou por se machucar se tudo era feito com o seu consentimento.

Ademais, é de se censurar até a versão que fornece para o evento, ou seja, praticar relações sexuais com a filha de sua ex-amásia, com a qual conviveu e coabitou, mediante pagamento em dinheiro.

Essa versão não é verdadeira, porque a prova demonstrou o uso de violência que caracteriza de forma indubitável os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Isso posto, reformo a sentença monocrática para condenar o apelante pelos delitos sexuais supramencionados.

Reconheço em prol do acusado, todavia, a continuidade delitiva, afirmando a possibilidade desse benefício nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que considero da mesma espécie.

Com efeito, a norma insculpida no art. 71 do Código Penal é uma causa de aumento de pena, consistindo numa ficção jurídica, pois, apesar de o fato referir-se a um concurso de infrações, o acusado responde apenas por um crime, com elevação na reprimenda.

Os requisitos para o reconhecimento do crime continuado são a pluralidade de condutas delituosas, que os crimes sejam da mesma espécie, identidade de

circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

Note-se que a reforma do Código Penal de 1984 sedimentou a antiga discussão acerca da necessidade de unidade de designios para configuração da continuidade delitiva ao estabelecer critérios exclusivamente objetivos no art. 71 do *Codex*.

Assim, não se pode negar o benefício do crime continuado apenas em virtude de circunstâncias subjetivas, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Crime continuado: conceito puramente objetivo da lei brasileira. Relevância de dados subjetivos restrita à fixação da pena unificada. O direito brasileiro, no art. 71 da nova Parte Geral, de 1984, do Código Penal, persistiu na concepção puramente objetiva do crime continuado: a alusão, na definição legal do instituto, a outras circunstâncias semelhantes àquelas que enumerou "tempo, lugar e modo de execução" - só compreende as que, como as últimas, sejam de caráter objetivo, não abrangendo dados subjetivos dos fatos. Viola o art. 71 do CP o acórdão que, embora reconhecendo a concorrência dos elementos da caracterização objetiva do crime continuado, que nele se adotou, nega, porém, a unificação das penas, à base de circunstâncias subjetivas, quais os antecedentes do acusado ou a ausência da unidade de desígnio (STF, HC 68.661-3, Rel. Sepúlveda Pertence).

In casu, entendo que estão presentes todos os pressupostos objetivos necessários para aplicação da continuidade delitiva.

O requisito temporal não é avaliado segundo um critério rígido, devendo ser analisado de acordo com as peculiaridades de cada caso. Aliás, ressalte-se que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que fixou o prazo de trinta dias para reconhecimento da conexão temporal, tem-se manifestado na obrigatoriedade de analisar o critério pretoriano no caso concreto, ressaltando a possibilidade de que esse limite rígido possa desnaturar o instituto, se observado compulsoriamente.

Na hipótese dos autos, as ações ocorreram no mesmo dia, no mesmo momento delituoso.

Quanto ao pressuposto espacial, também está em conformidade com a conduta do apelado, porquanto os atos sexuais ocorreram em um mesmo lugar.

O modo de execução também foi semelhante, existindo uma perfeita identidade de *modus operandi*.

Resta somente a definição sobre a polêmica de serem os delitos de estupro e atentado violento ao pudor da mesma espécie ou não.

O Código Penal não traz uma definição do que sejam crimes da mesma espécie, determinando à doutrina a sua conceituação. Pode-se dizer que, doutrinariamente, encontram-se dois critérios para definição legal: o primeiro, mais restritivo, afirmando que delitos da mesma espécie são aqueles descritos no mesmo tipo legal; o segundo, mais amplo, conceituando crimes da mesma espécie como aqueles que possuem o mesmo bem jurídico tutelado.

Para desate da *quaestio*, importante frisar que o art. 71 do Código Penal, ao mencionar que os delitos

devem ser da mesma espécie, não quis dizer que devem ser idênticos, pois, quando pretendeu essa significação, o legislador penal usou a terminologia específica, como na redação dos arts. 69 e 70 do Diploma Penal - concurso material e formal de delitos.

Partindo dessa premissa, delitos da mesma espécie não podem ser somente os previstos no mesmo tipo legal, pois, nesse caso, seriam crimes idênticos, significado não pretendido pelo legislador ao dispor sobre a continuidade delitiva.

Assim, crimes da mesma espécie seriam aqueles que, pertencendo a um mesmo gênero, ou seja, bem jurídico tutelado, apresentam características objetivas e subjetivas semelhantes.

Neste diapasão, o posicionamento de Fragoso:

Crimes da mesma espécie não são aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns. Assim, apesar das vacilações da jurisprudência, é possível a continuação entre furto e roubo, entre roubo e extorsão, entre estelionato e qualquer outra fraude (Helena Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, 1987, p. 368/369).

É certo que não se pode dizer que apenas a identidade de bem jurídico tutelado é o suficiente para o preenchimento do requisito, pois tal elemento do tipo legal é o gênero de cujas espécies são os crimes que pertencem ao título ou capítulo e que guardam semelhança ou elementos comuns em sua estrutura típica.

A jurista Patrícia Mothé Glioche Béze, que analisou o tema em sua dissertação de mestrado na UERJ, é quem, a meu sentir, com maior precisão definiu a controvérsia:

Na verdade, o conceito do que sejam crimes da mesma espécie dependerá, principalmente, da natureza jurídica a ser considerada para o crime continuado. Adotada a posição da ficção jurídica, que é a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência, o crime continuado é modalidade do concurso de crimes e não haveria obstáculo para se reconhecer como crimes da mesma espécie os que ofendem o mesmo bem jurídico, desde que presentes os outros requisitos do crime continuado (dentre eles a maneira de execução). Assim, podem ser crimes da mesma espécie aqueles que estão em artigos de lei diferentes, desde que sejam semelhantes entre si, adotando-se a teoria objetiva pura ou objetivo-subjetiva. Assim, para os adeptos da teoria objetivo-subjetiva, pode haver continuidade delitiva entre crimes pertencentes a tipos penais diferentes, com o roubo e o furto... (*Concurso formal e crime continuado*, Ed. Renovar, p. 147/148).

Assim, como considero a teoria da ficção jurídica a melhor a ser aplicada ao crime continuado e considerando os seus elementos sob um prisma puramente objetivo, pode haver sim continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, que guardam grandes semelhanças na estrutura típica, que é diferenciada apenas pelo tipo de ato sexual praticado.

Embora o tema seja polêmico, há precedentes jurisprudenciais acatando a tese supramencionada, conforme recente manifestação do Superior Tribunal de Justiça: "É possível a continuação delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor, pois os crimes em questão ofendem o mesmo bem juridicamente tutelado pelo atual ordenamento jurídico, ou seja, os costumes" (STJ, HC 57872, Rel.ª Ministra Jane Silva).

Passo a aplicar a pena.

Para o crime de estupro.

A culpabilidade do acusado é acentuada, pois o delito foi premeditado. Não constam antecedentes criminais. Sua conduta social é boa. Não há dados concretos para aferir a sua personalidade. Os motivos são próprios para a espécie do crime praticado. As circunstâncias já foram consideradas na norma incriminadora bem como as conseqüências, não sendo de especial censura. O comportamento da vítima não contribuiu para o delito. Em face do equilíbrio entre circunstâncias favoráveis e desfavoráveis e considerando a primariedade e bons antecedentes do apelado, fixo a pena no mínimo legal, ou seja, seis anos de reclusão. Não há atenuantes e agravantes, nem causas de aumento ou diminuição, razão pela qual torno a sanção definitiva em seis anos de reclusão.

Para o crime de atentado violento ao pudor:

A culpabilidade do acusado é acentuada, pois o delito foi premeditado. Não constam antecedentes criminais. Sua conduta social é boa. Não há dados concretos para aferir a sua personalidade. Os motivos são próprios para a espécie do crime praticado. As circunstâncias já foram consideradas na norma incriminadora bem como as conseqüências, não sendo de especial censura. O comportamento da vítima não contribuiu para o delito. Em face do equilíbrio entre circunstâncias favoráveis e desfavoráveis e considerando a primariedade e bons antecedentes do apelado, fixo a pena no mínimo legal, ou seja, seis anos de reclusão. Não há atenuantes e agravantes, nem causas de aumento ou diminuição, razão pela qual torno a sanção definitiva em seis anos de reclusão.

Unificação das penas em face da continuidade delitiva:

Aplico uma só das sanções, ou seja, seis anos de reclusão aumentadas de um sexto, perfazendo o total de sete anos de reclusão.

O regime inicial de cumprimento da pena é o fechado, por ser crime hediondo.

IV - Conclusão.

Isso posto, dou provimento parcial ao recurso para condenar o apelado pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, reconhecendo a continuidade delitiva e aplicando a pena final de sete anos de reclusão em regime inicial fechado.

Em obediência ao princípio da presunção de inocência e considerando ausência de cautela a ensejar

a custódia provisória do apelado, deixo de determinar a expedição do mandado de prisão, permitindo o recurso em liberdade.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - De acordo com o Relator.

DES. VIEIRA DE BRITO - Inicialmente, coloco-me de acordo com o eminente Relator no tocante à condenação do acusado pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, entendendo, com base nos mesmos fundamentos adotados no voto condutor, que as provas carreadas aos autos, sobretudo a palavra da vítima e a prova pericial, autorizam a prolação do decreto condenatório.

Todavia, ousou discordar do seu judicioso voto quanto ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de atentado violento ao pudor e estupro.

Conforme entendimento já manifestado em outros julgamentos, penso tratar-se de delitos de espécies diversas, pouco importando sejam do mesmo gênero, impondo-se, nessa hipótese, o reconhecimento do concurso material de crimes.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Concurso material. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Inconstitucionalidade. HC concedido de ofício. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor configuram concurso material, e não crime continuado. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, assegurando aos condenados por crimes hediondos a progressão do regime prisional. *Habeas corpus* indeferido; ordem concedida, de ofício, para assegurar a progressão do regime de cumprimento da pena (HC 89.770/SP, Relator Min. Eros Grau, j. em 10.10.2006).

Assim, passo a reestruturar a pena do acusado para adequá-la ao que acabo de expor.

Adotando as penas corretamente fixadas pelo insigne Relator para os crimes de atentado violento ao pudor, somo-as em razão do concurso material, pelo que passa a reprimenda a perfazer o total de 12 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Mediante tais fundamentos, pedindo redobrada vênua ao eminente Relator, dou provimento ao recurso ministerial para condenar o acusado como incurso nas sanções do art. 213 e 214 c/c art. 69, todos do Código Penal, nos termos expostos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL.

...