

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

RECURSO ESPECIAL N. 761.950 – RS (2005/0102791-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Vitalino Francisco das Neves (preso)

Advogados: Osmar Fritsch e outros

EMENTA

Penal. Recurso especial. Art. 213, c.c. o art. 224, alínea a, do Código Penal. Violência real. Crime hediondo. Aumento previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

I - *Se a violência é presumida, inadequado falar-se de lesão grave ou morte. Contudo, pode haver violência real contra vítima que esteja entre as indicadas no art. 224 do Código Penal, como ocorreu in casu.*

II - Esta Corte tem entendido que o reconhecimento da majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio *ne bis in idem*. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real perpetrada contra criança, tem-se como aplicável a referida causa de aumento. (*Precedentes*)

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 14.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento nas alíneas a e c da *Lex Fundamental*, em face de v. acórdão prolatado pela colenda Oitava Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação n. 70008925687.

Consta dos autos que o ora recorrido foi denunciado nos seguintes termos:

“No dia 5 de fevereiro de 2003, por volta das 10 horas, no interior do Município de Lagoão, o denunciado Vitalino Francisco das Neves, fazendo uso de um revólver (não apreendido), mediante violência física e grave ameaça, constrangeu a vítima Sandra Adriane Pinto Elias, de 11 anos de idade, (fl. 12), à prática da conjunção carnal, desvirginando-a, conforme se afere do auto de exame de corpo de delito.

Na ocasião, Vitalino Francisco das Neves dirigiu-se até a casa de Loreni Ortiz Pinto e formulou proposta de emprego à menor impúbere para que fosse trabalhar na casa de Brasília Soares dos Santos (mãe adotiva do denunciado). Com efeito, após prévio consentimento da genitora da vítima, ambos partiram de moto rumo à cidade de Barros Cassal. Entrementes, no curso do trajeto, o denunciado, munido de um revólver e mediante ameaças de morte, derrubou a criança ao solo, arrancou-lhe as vestes e introduziu o pênis na vagina, do que resultou o defloramento da vítima e hiperemia nas faces esquerda e direita do vestíbulo vaginal, consoante auto de exame de corpo de delito” (fl. 259).

Pela prática de tais atos, o recorrido restou condenado como incurso no art. 213, *caput*, do Código Penal, c.c. os arts. 1º, V, e 9º da Lei n. 8.072/1990, à pena de nove anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Irresignada, apelou a defesa, tendo o v. acórdão dado parcial provimento ao recurso, para afastar a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Esta a ementa do julgado:

“Estupro. Violência real. Vítima menor de 14 anos. Palavra da vítima amparada por outros elementos probatórios. Condenação mantida. Causa de aumento prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Inaplicabilidade.

Referida causa de aumento somente incide quando do fato resultar lesões corporais de natureza grave, ou morte.

Apelo parcialmente provido” (fl. 329).

Daí o presente apelo especial, em que o *Parquet* alega, a par de divergência jurisprudencial, violação ao art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Para tanto, ressalta que a majorante prevista no referido dispositivo é aplicável aos delitos sexuais praticados com violência presumida.

Admitido o recurso (fls. 394/395v.), subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo provimento do recurso, às fls. 450/451.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Busca-se, no presente recurso, em síntese, o reconhecimento da majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

O reclamo deve ser provido.

O caso é de *violência real*. Estupro praticado contra menor de 11 anos. Não é o caso de *violência ficta* em que *não há dissenso da ofendida*. Aqui, ela foi constrangida. A incidência da majoração não gera, na hipótese, *bis in idem*. Tal ocorreria, quero crer, quando da violência presumida (inexistência, por óbvio, da violência real ou grave ameaça), pois aí a tipificação se dá por equiparação (situação do art. 224 do CP, por si, ensejando o reconhecimento de violência que, na verdade, *não ocorre*) e a majoração seria, de fato, automática e dupla valoração. Todavia, quando há grave ameaça ou violência efetiva contra a ofendida o *bis in idem* deixa de acontecer com a incidência do art. 9º. Carece de fundamento, v.g., falar-se de violência ficta com lesão grave ou morte. Se não há violência real, como pode haver lesão grave ou morte? Isto somente seria possível na incoerência da ficção ou presunção. Aliás, a majoração, em casos como este, ora sob análise, se justifica — sem exigência adicional — dado o acentuado desvalor da ação (violência real contra criança). É indiscutível que o estupro (ou o atentado violento ao pudor) praticado com violência real ou grave ameaça contra quem se encontra numa das hipóteses do art. 224 do Código Penal merece uma reprovação jurídico-penal mais acentuada do que aquele, v.g., cometido contra pessoa adulta.

Tem-se no *Pretório excelso*:

“Habeas corpus. atentado violento ao pudor. Violência presumida: vítima menor de 14 anos. Acréscimo de metade da pena (art. 9º da Lei n. 8.072/1990). Inocorrência de **bis in idem**.

1. Paciente condenado à pena mínima de 7 anos e 6 meses de reclusão por atentado violento ao pudor (CP, art. 214) praticado contra menor com nove anos de idade (CP, art. 224, I: violência presumida) e sob o seu pátrio poder (CP, art. 226, II). Pena acrescida de metade, com base no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990): ‘As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 213 e ... 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único ... do Código Penal, são acrescidos de metade ... estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal’.

2. A particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9º da LCH).

3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não-ocorrência de **bis in idem**. Precedentes.

3. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.” (HC n. 74.780-RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 06.02.1998).

“Habeas corpus. Alegações de cerceamento de defesa que não estão fundamentadas, e, além disso, a segunda demandaria análise aprofundada da prova, não sendo cabível o **habeas corpus**, por seu rito restrito. Inexistência, no caso, do alegado **bis in idem**, no tocante à idade da vítima do estupro. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 75.849-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 08.05.1998).

No voto condutor do v. aresto *supra* tem-se:

“De outra parte, a alegação de que houve **bis in idem** por ter servido a idade da vítima como elementar do crime de estupro com violência presumida e também como causa de aumento de pena por aplicação do art. 9º da Lei n. 8.072/1990,

é afastada sem maiores considerações, porque o acórdão atacado salientou: 'houve violência real e grave ameaça, já que o peticionário dominou a vítima com força física, tapou sua boca com a mão mantendo-a, ainda, sob constante ameaça de faca'. Assim independentemente da idade da vítima, houve estupro com violência real e grave ameaça, não se podendo, portanto, sequer pretender-se que a idade dela tenha sido usada com dupla eficácia, para dar ensejo ao exame da ocorrência, ou não, de **bis in idem**".

E nesta Corte:

"Penal. **Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Violência real. Majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Ausência de circunstância qualificadora. Irrelevância. Concurso entre violência real suficiente para implementar o tipo penal e circunstância constante do art. 224 do CP. Ordem denegada.

1. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos, ainda que na forma simples, conforme prescreve o art. 1.0, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/1990.

2. As hipóteses de crimes de estupro e atentado violento ao pudor mediante violência presumida não foram excepcionadas pela Lei n. 8.072/1990, restando aplicáveis as regras repressivas especiais também a esses casos.

3. Reconhecer a majoração constante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990 nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável **bis in idem**, sendo que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

4. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real, seja moral ou física, que por si só ensejaria a condenação pelos crimes sexuais em tela, aliada à verificação de qualquer das circunstâncias objetivas de presunção de violência, tem-se aplicável a causa de aumento de pena retro-referida, independentemente de restarem configuradas as qualificadoras constantes do art. 223 do Código Penal.

5. Efetivamente, nesses casos, não se trata de **bis in idem**, mas da efetiva aplicação da majorante às hipóteses em que concorrem violência real suficiente para a condenação pelos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor e qualquer das causas de presunção de violência.

6. Não se pode confundir os conceitos de violência real como forma autônoma para a implementação do tipo penal,

independentemente da presunção de violência, com a forma qualificada prevista no art. 223 do Código Penal.

7. O disposto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos é expresso ao determinar a incidência da majorante em todos os casos de violência real, revelada tanto pelo **caput** dos arts. 213 e 214, quanto pelas formas qualificadas consubstanciadas pela lesão grave ou morte, desde que incida também alguma das hipóteses previstas no art. 224 do Código Penal.

8. Nos termos expostos, não há falar em **bis in idem**, mas no efetivo respeito ao princípio da proporcionalidade, pelo qual condutas diversas merecem reprimendas diversas, na medida da sua reprovabilidade ou hediondez.

9. Ordem denegada." (HC n. 38.824-RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 22.08.2005).

"**Habeas corpus**. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Acréscimo de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Violência real e grave ameaça. **Bis in idem**. Inocorrência.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor (forma básica), se praticados com efetiva violência real ou grave ameaça, farão incidir a majorante do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, quando a vítima se encontrar nas hipóteses do art. 224 do Código Penal.

Ordem denegada." (HC n. 32.836-SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 27.09.2004).

"Penal. Recurso especial. Atentado violento ao pudor. Forma básica. Majoração do art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Violência real ou grave ameaça.

Em se tratando de crime praticado com efetiva violência real ou grave ameaça, o atentado violento ao pudor, em sua forma básica, além de ser considerado hediondo, faz incidir o aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, quando a vítima se encontra nas hipóteses do art. 224 do Código Penal (precedentes).

Recurso provido." (REsp n. 314.143-RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 11.03.2002).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para, fazendo incidir a majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, restabelecer a condenação em seus próprios termos.

É como voto.