

O concurso de crimes no novo artº. 213, do código penal

Walter Tebet Filho

Promotor de Justiça Criminal

São Paulo, 16 de novembro de 2.009.

A lei nº 12.015/09 modificou o *Título VI* do Código Penal, agora denominado de *Crimes contra a dignidade sexual*, e, em especial o *Capítulo I*, referente aos *Crimes contra a liberdade sexual*, alterando a redação do art. 213, e revogando o art. 214, dentre outras alterações.

O *Capítulo I* do *Título VI* passou a ter seguinte redação:

“Título VI

Dos crimes contra a dignidade sexual

Capítulo I

Dos crimes contra a liberdade sexual

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter **conjunção carnal** ou a **praticar ou permitir** que com ele se pratique **outro ato libidinoso**:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

.....” (grifamos)

Como destaca VICENTE GRECO FILHO, o *atentado violento ao pudor*, previsto anteriormente no revogado art. 214, *passou a ser modalidade de estupro*, mas, “*A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigências dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido. [in Uma interpretação de duvidosa dignidade, artigo veiculado pela Associação Paulista do Ministério Público pela internet – www.apmp.com.br, acesso em 16.11.2009]*”

Essa questão passa pela discussão das classificações dos tipos, que foi bem deduzida por FRAGOSO:

Classificação dos tipos

“Classificam-se também os tipos em *simples* e *mistos*. Tipos simples são aqueles que descrevem uma única espécie de conduta punível (ex. art. 215). **Tipos mistos** são os que descrevem mais de uma espécie de conduta. Fala-se aqui em **tipos *mistos alternativos* e *cumulativos***. Os tipos mistos alternativos são muito numerosos. Correspondem a casos em que o legislador incrimina da mesma forma, alternativamente, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo o mesmo bem ou interesse, a todas atribuindo o mesmo desvalor. [...] Apresenta o *tipo misto alternativo*, realmente, um conteúdo variável, porque descreve não uma, mas, **várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso**. O característico destes tipos é que as várias modalidades são fungíveis, e a realização de mais de uma **não altera a unidade do delito**. Isto não ocorre com os chamados *tipos cumulativos*. Esta designação é evidentemente imprópria: não há tipos cumulativos. Há **disposições legais que contêm, independentemente, mais de uma figura típica de**

delito, ou seja, **nas quais há tipos cumulados**. Nestes casos, haverá sempre concurso, em caso de realização de mais de um tipo. São exemplos de **leis mistas cumulativas** os arts. 135, 180, 208, 242, 244, 248, 326, etc.” [FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO, in “*Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral*”, 11^a. ed., rev. por FERNANDO FRAGOSO, 1.987: Rio de Janeiro, ed. Forense, Capítulo 15, *Teoria do Tipo*, Nº. 131, págs. 160-162] (grifos nossos).

Vejamos os tipos penais indicados por FRAGOSO como sendo *leis mistas cumulativas* ou, impropriamente, *tipos mistos cumulativos*:

Art. 135 – omissão de socorro: *deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo ou não pedir, nestes casos, o socorro da autoridade pública.*
[periclitacão da vida e da saúde]

Art. 180 – receptação: *adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.* [patrimônio]

Art. 208 – ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo: *escarnecer publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso.* [sentimento religioso]

Art. 242 – parto suposto. supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido: *dar parto alheio como próprio; registrar como seu filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.*
[estado de filiação]

Art. 244 – abandono material: deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionado os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo. [assistência familiar]

Art. 248 – induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes: induzir menor de 18 (dezoito) anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, tutor ou do curador algum menor de 18 (dezoito) anos ou interdito; ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame. [pátrio poder, tutela ou curatela]

Art. 326 – violação de sigilo de proposta de concorrência: devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo. [administração em geral]

Nos tipos penais apontados por FRAGOSO como *leis penais mistas* ou, impropriamente, *tipos mistos cumulativos*, podemos observar que, em cada um deles, o **bem jurídico tutelado é o mesmo** e que as **condutas são muito próximas**, ou seja, **são parecidas**, mas, **não são a mesma**.

Necessário, portanto, demonstrarmos que tal situação já ocorria com os crimes de *estupro* e de *atentado violento ao pudor*, antes da mudança legislativa.

A doutrina e a jurisprudência pátrias majoritárias sempre entenderam que os crimes de *estupro* e de *atentado violento ao pudor* não poderiam caracterizar *continuidade delitiva* porque os desígnios eram autônomos e, por esta razão, deveria ocorrer *concurso material*.

Nesse sentido, PIERANGELI estabelece que “*Se com uma mesma vítima o agente praticar estupro e atentado violento ao pudor (sexo oral, sexo anal, por exemplo), ocorre um concurso material de delitos*”, e, diante de uma certa oscilação da jurisprudência entre o cúmulo material e a *continuidade delitiva*, entende este autor ser necessário “*distinguir duas situações. Se os atos libidinosos se encadeiam como uma atuação normal na busca da cópula (carícias, beijos e afagos), tais atos devem ser próprios do contexto, isto é, para a realização de uma relação sexual. Se, porém, antes, durante ou após a cópula vagínica, o agente pratica coito anal ou oral, seus desígnios são autônomos e não se inserem no encaminhamento natural para a realização de uma cópula vaginal. Haverá, então, concurso material de delitos*” [PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE, in “Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Especial - Arts. 121 a 234”, São Paulo: 2.005, ed. RT, Parte VI, *Dos crimes contra os costumes*, item 30.1.10, pág. 770] (sem grifos no original).

Observando a distinção feita por PIERANGELI entendemos que a questão sobre a possibilidade de concurso desses crimes está relacionada com o elemento volitivo (*desígnios autônomos*), ou seja, a *intenção finalística do agente* em praticar uma *conjunção carnal* ou um *atentado violento ao pudor*.

Por outro lado, observando a jurisprudência pátria, encontramos o v. aresto proferido em 20 de maio de 2.008, no *Habeas Corpus* nº. 91.730-9/SP, em que foi relatora a Min. ELLEN GRACIE, no qual restou afastada a possibilidade do reconhecimento de *continuidade delitiva* entre os crimes de *estupro* e de *atentado violento ao pudor*, pois “*A hipótese dos autos demonstra que, em relação às duas vítimas, os crimes de atentado violento ao pudor não foram perpetrados como “prelúdio do coito” ou meio para a consumação do crime de estupro, havendo completa autonomia entre as condutas praticadas*” (grifamos).

Não é de hoje que o Supremo Tribunal Federal tem defendido tal entendimento, pois, em v. aresto em que foi relator o Min. MOREIRA ALVES, proferido em 11 de maio de 1.984, no R.E. nº. 100.788-5/PR, que tratava de recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que reconheceu *continuidade delitiva*

entre *atentado violento ao pudor* consumado, consistente em *fellatio* ou *irrumatio in ore* e cópula anal, contra a mesma vítima, e, em seguida, tentativa de estupro, tendo o STF decidido que “*não se trata, portanto, de atos preparatórios da cópula normal (“praeludia coitus”) seguidos de tentativa de estupro, mas de crimes absolutamente distintos* [grifos nosso].

Em ambos os crimes – *estupro* e *atentado violento ao pudor* – temos o **mesmo bem jurídico tutelado**, ou seja, a **liberdade sexual**, o que revela que o fato da objetividade jurídica ser a mesma **não impede a possibilidade da ocorrência do concurso de crimes**. Apenas a **diversidade de bens jurídicos tutelados** é condição para **impossibilidade de ocorrência de crime único**, como destaca WELZEL, que, após analisar o tema do *conflito aparente de normas*, depois de dissertar sobre os princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção, esclarece que “*El hecho posterior, sin embargo, es punible cuando lesiona un nuevo bien jurídico*” [WELZEL, HANS, in “*Derecho Penal Aleman - Parte General*, 11^a. ed., 4^a. ed. Castellana, trad. JUAN BUSTOS RAMÍREZ E SERGIO YÁNEZ PÉREZ, Santiago de Chile: 1.997, ed. Jurídica de Chile, pág. 278]. Em outras palavras, **a existência de mais de um bem jurídico atingido impede o reconhecimento de crime único**, mas, **a existência de apenas um bem jurídico tutelado atingido não impede o reconhecimento de concurso de crimes**, dependendo da **existência** também de **desígnios autônomos**, como ocorre no caso de *estupro* e de *atentado violento pudor* consistente em *coito oral* e *coito anal*.

Resta, agora, observar se a recentes modificações no Código Penal referente aos *crimes contra a dignidade sexual*, em especial, os *crimes contra a liberdade sexual* sofreram alterações que permitem mudar tal entendimento.

A nova redação do art. 213 alterou o conceito do crime de *estupro*, que deixou de ser *crime especial*, cujo sujeito passivo só podia ser a mulher, transformando o homem também como passível de sofrer tal crime [muito embora o homem como sujeito passivo deste crime, acreditamos, será apenas para efeito de estudo teórico], o que, de toda forma não produz alterações de natureza ontológica, pois continua sendo *conjunção carnal entre um homem e uma mulher*, no qual um dos dois está sendo constrangido ao ato. Apenas na *conjunção carnal* existe o contato entre dois

órgãos sexuais humanos, ou melhor, a *penetração do órgão sexual masculino no órgão sexual feminino*, pois nos *atos libidinosos diversos da conjunção carnal* poderá ocorrer o contato de um órgão sexual com outras partes do corpo da outra pessoa, mas, apenas um.

Verifica-se, assim, ser importante a distinção entre *conjunção carnal* e *atentado violento ao pudor*, pois é esta distinção que possibilita a conclusão sobre o *desígnio do agente*, sem o qual não será possível verificar-se a ocorrência ou não de mais de um delito. Assim, conforme bem destacados restaram acima nos trechos citados de PIERANGELI e MOREIRA ALVES, se antes, durante ou depois da *conjunção carnal*, o agente constrange a vítima à prática de *coito anal* e/ou de *coito oral*, que não são *caminhos naturais* para o *coito vaginal*, estaremos diante de concurso material entre o *estupro* e os *atentados violentos ao pudor*, que, entre eles, poderão representar *continuidade delitiva*.

É importante, também, destacar que o legislador pátrio continua fazendo, a nosso ver, acertadamente, distinção entre *conjunção carnal* e *outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal*, pois, a despeito da revogação do art. 214, no novo art. 213, do código penal, nosso legislador destacou *conjunção carnal* e *outros atos libidinosos*.

Interessante notar que se o legislador pátrio pretendesse não diferenciar, poderia o tipo penal ser reduzido da seguinte forma:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique *qualquer* ato libidinoso.

Se o legislador distingue como situações diferentes a *conjunção carnal* e os *outros atos libidinosos*, em especial o *coito oral* e *coito anal*, cabe também ao aplicador da lei fazer tal distinção.

Não se pode, também, perder de vista, que as **ações direcionadas à prática da conjunção carnal** constituem **uma conduta**, e, as **ações direcionadas à prática de outros atos libidinosos**, especialmente o *coito oral* e o *coito anal*, constituem **outra conduta**, e, nestes casos, não temos *uma*

conduta, mas, **duas condutas**, revelando **desígnios autônomos**, não se podendo, assim, falar em *continuidade delitiva*, mas, sim, em **concurso material**.

Analisando o tema GIANPAOLO POGGIO SMANIO também entendeu que “*Desta forma, reputamos que poderá ocorrer crime único, na mesma hipótese que anteriormente a doutrina e jurisprudência assim entendiam, quando os atos libidinosos forem preparatórios ou preliminares da conjunção carnal praticada na vítima, mediante constrangimento. Neste caso, as condutas são alternativas. No entanto, caso as condutas sejam autônomas, como também anteriormente se referia, quando houver conjunção carnal e sexo anal, praticados na mesma vítima, mediante constrangimento, por exemplo, haverá concurso material de crimes. Neste caso, há cumulatividade de condutas*”. [in *A nova redação dada ao crime de estupro pela lei nº 12.015/09 e a questão do concurso de crimes* (artigo veiculado pela Procuradoria de Justiça Criminal – http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/proc_criminal/Boletins_jurisprudencia, acesso em 16.11.2009).

Por derradeiro, devemos ponderar, como fez GRECCO, no artigo acima citado, que considerar *condutas diferentes*, com desígnios autônomos, como crime único viola o *princípio da proporcionalidade*, que, por certo, não poderá ser corrigido na individualização da pena do agente.

Dessa forma, podemos concluir que, **mesmo após as modificações** no art. 213 e a **revogação** do art. 214, ambos do código penal, é, ainda, possível a **ocorrência** de **concurso de crimes**, e, o **caso concreto** dirá se estamos ou não diante da ocorrência de mais de um crime.