
Proporcionalidade e Direito Penal: por uma Interpretação Constitucionalmente Adequada da Hipótese de Concurso de Crimes de Estupro

Ericson dos Santos Cerqueira

Promotor de Justiça adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialização em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central – UNIPLAC.

Resumo: A Lei nº 12.015/09 trouxe nova conformação legal aos que antes se denominavam “Crimes contra os Costumes”, passando a chamá-los “Crimes contra a Dignidade Sexual”. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram unificados em um único tipo penal, art. 213, sob a denominação somente de Estupro. A partir disto, passou-se a questionar doutrinária e jurisprudencialmente qual a natureza do novo tipo penal, se misto alternativo ou misto cumulativo, e, se misto cumulativo, que concurso de crimes opera quando há prática no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima de atos de conjunção carnal e outros atos libidinosos, ou seja, concurso material, concurso formal de crimes ou, ainda, crime continuado. Sob tal conformação, e dotando-a de um crivo constitucional, o princípio da proporcionalidade é explorado sob a vertente da proibição da proteção penal insuficiente, já que é indubitável que a Constituição impõe um dever de proteção ao bem jurídico liberdade sexual, concluindo-se que, uma interpretação de que ocorre crime único na hipótese levantada vai de encontro à teoria dos tipos mistos e também ao princípio da proporcionalidade, ocorrendo hipótese de inconstitucionalidade por proteção penal deficiente.

Palavras-chave: Estupro. Dignidade sexual. Concurso de crimes. Proporcionalidade.

Sumário: Introdução. 1 Proporcionalidade e Direito Penal. 1.1 Proporcionalidade e Deveres de Proteção. 1.2 Proporcionalidade e Proibição de Proteção Deficiente. 2 Tipicidade do Concurso de Crimes. 2.1 Concurso Material. 2.2 Concurso Formal. 2.3 Crime Continuado. 3 A Lei 12.015/09 e o Novo Artigo 213 do Código Penal. 4 Concurso de Crimes no Caso de Cometimento de Atos Conjunção Carnal e Outros Libidinosos Diversos da Conjunção Carnal no Mesmo Contexto Fático: (Im) Possibilidade? Conclusão. Bibliografia.

Introdução

Com a edição da Lei nº 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, antes tipificados em artigos diversos, passaram a ser regulados em único tipo penal, sob a rubrica do Estupro.

A partir da citada lei, uma discussão que parecia resolvida tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente veio novamente à tona, sobretudo após algumas decisões jurisprudenciais: estabelece-se concurso de crimes no caso de cometimento de atos de conjunção carnal e diversos atos libidinosos no mesmo contexto fático? Se sim, que tipo de concurso de crimes: concurso material, formal ou crime continuado?

Notadamente, o que se evidenciou na jurisprudência foi uma tendência em se reconhecer que, se praticados no mesmo contexto fático, deveriam ser tidas várias violações da mulher como crime único, pois o tipo do artigo 213 do Código Penal seria de tipo misto alternativo. A partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, passou-se a entender que, quando praticados atos diversos da conjunção carnal e esta efetivamente, no mesmo contexto fático, o que se teria é crime único, não havendo mais se falar em concurso de crimes.

É de ser ver que:

[...] ameaça-se, contudo, uma interpretação que os [respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e violência sexual em especial] nega e prestigia a violência sexual, a dignidade da criança e da mulher especialmente e, mais que tudo, afronta o bom senso e o princípio do respeito à proporcionalidade e preventividade do Direito Penal. (GRECO FILHO, 2010?).

Denota-se, noutro sentido, que se carece até o momento de uma qualificação constitucional do tema, mormente sob o crivo do princípio da proporcionalidade.

O que se pretende, com o presente artigo, é trazer à tona duas vertentes, muitas vezes olvidadas, de tal princípio, quais sejam, proibição de excesso e proibição de proteção deficiente e, partir disto, filtrar aquela interpretação sob o aspecto de sua (in)constitucionalidade.

A análise do tema tem passado ao largo da discussão constitucional, pois o que se verifica é que a proporcionalidade, nada obstante o consenso jurídico da vinculação do legislador e do aplicador da norma, é pouco ou quase nunca aplicada casuisticamente na seara penal. A partir disto, buscar-se-á fundamentar a possibilidade do reconhecimento do concurso de crimes no princípio da proporcionalidade, sob a ótica da proibição da proteção penal deficiente.

No primeiro capítulo, desenvolver-se-á a análise do princípio da proporcionalidade e suas relações com o direito penal, dissecando-o em deveres de proteção impostos pela Constituição, em proibição de excesso e proibição de proteção deficiente.

No segundo capítulo, as várias possibilidades legais do concurso de crimes, a saber, o concurso material, o concurso formal e o crime continuado.

No terceiro, a alteração legislativa empreendida pela Lei nº 12.015/09, nos artigos 213 e 214, é referida, bem como se analisará em que constitui o novo artigo 213 a partir da teoria dos tipos mistos.

No quarto e último capítulo, coteja-se a interpretação empreendida pelos STF e STJ acerca da ocorrência de crime único na hipótese citada com o princípio da proporcionalidade na vertente de proibição de proteção penal insuficiente e com a teoria dos tipos mistos.

Por fim, esclarece-se que é comum na doutrina, ao tratar do tema, diferenciá-lo do concurso de pessoas e, principalmente, do concurso aparente de normas. Contudo, aqui não se fará a análise de tais temas.

1 Proporcionalidade e Direito Penal

No último século, a partir do segundo pós-guerra, os estudos acerca do princípio da proporcionalidade¹ tiveram um grande impulso, sobretudo a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão:

O segundo pós-guerra foi determinante para a evolução da idéia de proporcionalidade, já que existiram consideráveis modificações na concepção das garantias fundamentais. Nesse contexto histórico, o avanço da proporcionalidade coincide com um novo paradigma, o de eficácia dos princípios constitucionais. Desse modo, o princípio da proporcionalidade vincula os poderes estatais a agir conforme a Constituição. (STRECK, 2009, p. 64-65).

Os estudos da teoria constitucional sobre o princípio da proporcionalidade se desenvolveram, sobretudo, com as três submáximas (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e, mais recentemente, em duas visões, não antagônicas nem excludentes, que se pode ter do princípio, a saber, o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente.

Na seara penal, no entanto, carece-se de um crivo constitucional do tema, já que é possível fazer-se controle de constitucionalidade de normas (e jurisprudência) penal a partir da proibição de proteção deficiente imposta pelo princípio da proporcionalidade, pois, segundo Streck (2005), não há, “qualquer blindagem que “proteja” a norma penal do controle de constitucionalidade” (STRECK, 2005, p. 177).

Que o princípio (ou postulado) da proporcionalidade ostenta sede constitucional em nosso sistema, não mais se discute. O STF mesmo já

1 As relações entre o princípio da proporcionalidade e o Direito Penal transbordam, em muito, os objetivos do presente trabalho. Somente se tratará do princípio da proporcionalidade, com o fim de introduzir o estudo a respeito da proibição de proteção deficiente, não se olvidando, contudo, que a visão mais difundida, e para alguns a única, do princípio da proporcionalidade seja a proteção de excesso.

teve várias oportunidades de se pronunciar neste sentido, extraíndo-o da cláusula do devido processo legal (ADINs nº 958, 1158, 2667).

1.1 Proporcionalidade e Deveres de Proteção

Os penalistas já convivem com a vinculação de todos os ramos do Direito à Constituição e, também, a submissão do Direito Penal aos ditames da proporcionalidade, e já internalizaram no Direito Penal, há muito tal visão. E assim deve ser, pois:

[...] a Constituição figura como um *quadro referencial obrigatório* da atividade punitiva, contendo as decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico *prévio* à legislação penal e ao mesmo tempo *obrigatório* para ela. (FELDENS, 2008, p. 30).

Tais valores fundamentais, contudo, impõem que:

[...] a relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidência, ou de recíproca cobertura, mas de *coerência, interação* ou efeito recíproco, o que conduz a uma necessária interpretação (teorização) do Direito Penal conforme a Constituição. (FELDENS, 2008, p. 30).

Sobressai óbvio dizer que o Direito Penal deve ser teorizado conforme a Constituição, ou seja, o Direito Penal deve lido a partir de uma filtragem constitucional, pois o que está:

[...] em causa não está outra coisa senão a necessária e já referida *filtragem constitucional* também do direito penal e processual penal e que implica uma leitura constitucionalmente adequada de todos os institutos jurídico-penais, inclusive a coerente aplicação do princípio da proporcionalidade e das suas diversas manifestações. (SARLET, 2005, p. 127-128).

Para além disto, pode-se questionar como se dá a interação entre a Constituição e o Direito Penal. Luciano Feldens (2008) afirma que tal relação pode ser de três ordens, uma impositiva de intervenção penal, outra de possibilidade de intervenção penal, e, por último, uma proibitiva da intervenção penal:

A Constituição e o Direito Penal compartilham uma relação axiológico-normativa a partir da qual se podem deduzir três níveis de interação: a) a intervenção penal constitucionalmente *proibida*; b) a intervenção penal constitucionalmente *possível* e; c) a intervenção penal constitucionalmente *obrigatória*. (FELDENS, 2008, p. 29).

É relativamente à intervenção penal constitucionalmente obrigatória que se pode falar em deveres de proteção impostos ao legislador constitucional. Tais deveres de proteção:

[...] apresentam-se como a versão atual da contraprestação imputada ao – e assumida pelo – Estado em decorrência de um hipotético pacto de sujeição a que aderem os homens no precípuo desiderato de resguardarem sua liberdade e segurança no convívio social. [...] Na síntese de Alexy, a renúncia ao direito a uma efetiva autoproteção condicionada pela transição da situação pré-estatal à situação estatal apenas se justificaria racionalmente se o indivíduo, em troca desta renúncia, obtivesse uma efetiva proteção do Estado. (FELDENS, 2008, p. 74).

A partir dos deveres de tutela é que se legitima a intervenção estatal nos direitos fundamentais, passando o Estado, de potencial violador das garantias fundamentais, a protetor e fomentador destas garantias. E daí advém a relevância e a legitimidade do direito penal:

No plano do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal) resulta inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado

nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. (SARLET, 2005, p. 131).

Diante disto e para além dos direitos fundamentais contra o Estado, ou seja, como mandamentos de proteção do indivíduo em face das arbitrariedades estatais, deve-se falar também no Estado como guardião dos direitos fundamentais, a partir da ascensão de duas doutrinas estreitamente vinculadas: “(a) a da *eficácia dos direitos fundamentais entre particulares* e (b) a dos *deveres de proteção*, expressão da atribuição aos direitos fundamentais da função de imperativo de tutela.” (FELDENS, 2008, p. 75).

O dever de proteção do Estado deve ser o mais abrangente possível, conforme já firmou o Tribunal Constitucional alemão:

Ele não só proíbe – evidentemente – intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora dessa vida, isto é, antes de tudo protegê-la de intervenções ilícitas de terceiros.” (FELDENS, 2008, p. 76).

E Canaris enuncia os critérios para se reconhecer, dentro do texto constitucional, um dever de proteção:

a) incidência da hipótese normativa (tipicidade) de um direito fundamental; b) ilicitude do ataque e dependência de proteção: a função de imperativo de tutela está materialmente vocacionada a dissuadir uma agressão ilícita a um direito fundamental; c) necessidade de proteção decorrente da dinâmica equação entre os critérios de hierarquia do bem jurídico atingido e a intensidade da ameaça. (CANARIS *apud* FELDENS, 2008, p. 77-79).

A partir destas posições que o Estado tem e deve ter face aos direitos fundamentais, pode-se falar em deveres de defesa e deveres de prestação de direitos fundamentais. Especificamente acerca do princípio da proporcionalidade, os deveres de defesa identificam-se com a proibição de excesso das intervenções estatais, enquanto os deveres de prestação, com a proibição de proteção deficiente:

Segundo Gloria Mesa, devemos diferenciar a estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade, enquanto empregado para o controle de intervenção aos direitos fundamentais, a partir de duas vertentes: de defesa ou de prestação. A primeira, de acordo com a orientação clássica de proibição de excesso (*Übermassverbot*), a segunda, identificando-se com a proibição de infraproteção (*Untermassverbot*). (STRECK, 2009, p. 73-74).

1.2 Proporcionalidade e Proibição de Proteção Deficiente

Tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade foi identificado com a proibição de excesso, protegendo o indivíduo das arbitrariedades estatais, pois o Estado era o mais poderoso e potencial violador dos direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 88).

Hoje, todavia, a proibição de excesso é vislumbrada somente como uma das facetas do princípio, a partir das máximas da proporcionalidade, vinculadas à tradicional aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso. Aplicando-se ao Direito penal, tem-se que:

Sua formulação mais conhecida, oriunda das decisões da dogmática alemã, é a concepção ampla, que divide o princípio da proporcionalidade em três subdivisões: o da *adequação/idoneidade*, responsável por verificar se a medida limitadora é um meio apto a alcançar o fim necessário; o da *necessidade*, que busca estabelecer a medida penal mais benigna e idônea para alcançar o fim buscado pela intervenção; o da *proporcionalidade em sentido estrito*, que indicará se a medida adotada gera mais benefícios que prejuízos, levando em conta o conjunto de direitos e bens colocados em jogo, de modo a verificar, por um lado, a intensidade da restrição a um direito fundamental e, em oposição,

o nível de satisfação na realização de outro direito fundamental (que acaba restringindo a aplicação do primeiro). (STRECK, 2009, p. 68).

A outra faceta visível do princípio da proporcionalidade é a proibição de proteção deficiente, contudo, ainda sem uma elaboração doutrinária tão robusta quando a da proibição de excesso, isto é, “verifica-se atualmente uma quase ausência de elaboração dogmática acerca do princípio da proibição de proteção deficiente, quando comparado com a doutrina a respeito da proibição de excesso” (STRECK, 2009, p. 104; SARLET, 2005, p. 135).

Tal qual se pode falar de um garantismo negativo, a impor o respeito a todos os direitos e garantias individuais, também se deve falar em um garantismo positivo, a impor ao Estado a tutela daqueles direitos e garantias, prestando-os de forma positiva. Ao direito penal (e processual penal) é imposto o respeito à proporcionalidade em suas duas vertentes, proibição de excesso e de proteção deficiente:

Não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Überschussverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*). Ou seja, *o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso.* (STRECK, 2005, p. 176).

Nas palavras de Alessandro Barata:

Ampliar la perspectiva del derecho penal de La Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, *significa también definir el garantismo no solamente no sentido negativo, como limite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino también y sobre todo, como garantismo positivo.* Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos; también, de los de prestación por

parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella pequeña, pero importante parte de ellos, que podríamos denominar de *derechos de prestación de protección*, en particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas. (BARATA *apud* STRECK, 2009, p. 92).

Significa dizer que o Estado não somente deve agir pautado por uma proporcionalidade que proíbe os excessos, ou seja, verificando se suas ações sobrevivem ao crivo da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Também significa impor ao Estado a proibição de ficar aquém da proporcionalidade, prestando efetivamente direitos fundamentais e protegendo-os de violações de outras pessoas ou, em outras palavras:

Estamos falando, então, nas palavras de Dieter Grimm, da proibição de ‘ir longe demais’ (*Übermassverbot*), em contraponto com a proibição de ‘fazer muito pouco’ (*Untermassverbot*), ambos mecanismos semelhantes, porém, vistos de ângulos diferentes. (STRECK, 2009, p. 92).

A partir dos deveres de tutela impostos pela Constituição é que se podem extrair os espaços de conformação legislativa impostos ao legislador, expressamente, a proibição de proteção deficiente, sem se olvidar que a Constituição impõe também deveres de tutela implícitos.

No âmbito penal isto é muito evidente, pois se a Constituição impõe o dever de proteção de determinado bem jurídico, ao legislador cabe tutelá-lo nos estritos lindes da proporcionalidade, sem excessos ou deficiências, sem frustrar as expectativas constitucionais:

O Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que –

como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). (SARLET, 2005, p. 132).

O manejo da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente é mais problemática na prática que a proibição de excesso. O arsenal que é posto em favor do legislador a fim atuar em prol de proteger suficientemente determinado direito fundamental é maior e deve ser feito anteriormente à produção da medida, enquanto na proibição de excesso avalia-se a medida estatal concretamente implementada:

Diversamente do que sucede com a proibição de intervenção (excessiva), a função de imperativo de tutela pressupõe uma deliberação sobre o “se” e o “como” da proteção, circunstância que torna sua operacionalização mais difícil em relação àquela. Observe-se que: enquanto na proibição de intervenção excessiva a legitimidade de ação estatal é questionada em face de uma medida específica (precisamente aquela que foi adotada), na hipótese de um imperativo de tutela a justificação há de estabelecer-se em face de um arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental (civis, administrativas, penais etc.). (FELDENS, 2008, p. 90).

Canaris, novamente, dá o caminho a ser percorrido a fim de implementar uma proteção suficiente e adequada constitucionalmente:

[...] tratam-se de dois percursos argumentativos diferenciáveis: (a) primeiramente, devemos verificar se existe um dever de proteção (imperativo de tutela); (b) depois, em que termos deve ser realizado este dever pelo direito infraconstitucional sem descer aquém do mínimo de proteção jurídico-constitucional exigido. (CANARIS *apud* FELDENS, 2008, p. 77-79).

O Supremo Tribunal Federal já se utilizou, pelo menos em três oportunidades, da fundamentação na proibição da proteção insuficiente,

podendo-se exemplificar com os RE nº 418.376 e as ADIN's nº 3112 e nº 3510.

2 Tipicidade do Concurso de Crimes

No Código Penal, o concurso de crimes vem regulado nos artigos 69, 70 e 71, que tratam, respectivamente, do concurso material, concurso formal e crime continuado.

De início, cabe destacar que as regras de concurso de crimes existem em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI), bem como tais regras são decorrência lógica do princípio do *ne bis in idem*, pois ao se analisar a pluralidade de crimes o que se tem em vista é, justamente, determinar para cada crime uma pena e que alguém somente será punido uma única vez pelo mesmo crime.

Antes, contudo, de adentrar especificamente no tema, deve-se questionar quando é que se pode falar em pluralidade de crimes. Neste sentido, deve-se buscar o conceito de ação, pois somente pode-se falar em crime quando se tem uma ação.

O conceito de ação adotado é dado pela teoria finalista, em que ação é conceituada como conduta humana consciente e voluntária dirigida a uma finalidade. Assim, seguindo-se esquema apresentado por Béze (2001, p. 31), tem-se:

- a) uma conduta consistindo em um ato (entendido como manifestação de movimento): hipótese dos crimes unissubsistentes;
- b) uma conduta consistindo em mais de um ato: crimes plurissubsistentes;
- c) mais de uma conduta consistindo igualmente em mais de um ato: hipótese em que pode haver apenas um crime ou mais de um crime, a depender da situação fática.

E explica a citada autora:

Para determinar a quantidade de crimes existentes, deve-se observar a quantidade de violações atingidas com a conduta. Assim, dependendo do tipo penal, esta pode gerar várias violações que compõem o mesmo tipo e, por isto, constituir um único crime; ou a conduta pode gerar várias violações que não se incluem num mesmo tipo e, então, haver pluralidade de crimes. [...] É possível haver unidade de conduta e unidade de violação [de bens jurídicos], e, neste caso, haverá um único crime. Pode ocorrer também pluralidade de condutas e pluralidade de violações, hipótese em que haverá concurso de crimes. Se houver unidade de conduta e pluralidade de violações, existirá, da mesma forma, o concurso de crimes. Por fim, havendo pluralidade de condutas e unidade de violação, temos a hipótese de concurso aparente de normas. (BÉZE, 2001, p. 32-33).

Pode-se evidenciar quatro critérios para solução do concurso de crimes, ou seja, quatro abordagens legislativas a respeito:

a) **cúmulo material**: há soma aritmética das penas, após a individualização da pena para cada um dos crimes. é o critério adotado para o concurso material e para o concurso formal impróprio;

b) **exasperação**: não há soma, tampouco desprezo de umas pelas outras. Incide uma das penas, com certa majoração. é o critério adotado para o concurso formal próprio e a continuidade delitiva;

c) **cúmulo jurídico**: aplica-se a pena por um cúmulo jurídico legal diverso do material. não é adotado no sistema brasileiro;

d) **absorção**: as penas dos crimes mais graves absorvem as dos menos graves. é o mais falho dos critérios, pois gera impunidade de todas as infrações tidas como menos graves em face uma mais grave. (HIRECHE, 2006, p. 120).

Ainda, somente há se falar em concurso de entre dois ou mais *crimes*. O concurso entre crime e contravenção se resolve aplicando-se as regras do concurso aparente de normas, mormente, com a aplicação do princípio da consunção.

2.1 Concurso Material

O concurso material de crimes é regulado no art. 69 e parágrafos do Código Penal:

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º. Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º. Quando forem aplicadas penas restritivas de direito, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

As maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema giram em torno do concurso formal (art. 70 e seu parágrafo do Código Penal) e do crime continuado (art. 71 do CP), não havendo maiores digressões acerca do concurso material, pois, uma vez definido que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticou mais de um crime, e não sendo hipótese de crime continuado, as penas devem ser somadas (art. 69 do CP).

Tal hipótese de concurso de crimes pode ser de duas espécies: a) concurso material homogêneo – há a prática, mais de uma vez, do mesmo delito; ou b) concurso material heterogêneo – se pratica mais de um crime diverso.

Lembre-se, por oportuno, que, para as penas de multa, por expressa disposição do artigo 72 do Código Penal, sempre se dá a soma delas.

2.2 Concurso Formal

Dispõe o art. 70 do Código Penal:

Art. 70. Quando o agente, mediante um só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único. Não poderá a pena exceder o que seria cabível pela regra do artigo 69 deste Código.

Da simples leitura do dispositivo legal, depreende-se que consubstancia uma causa de aumento de pena.

Discute-se, na doutrina, qual o fundamento para tal disposição, existindo desde argumentos de cunho dogmático (o agente pratica somente uma ação, não podendo ter suas penas somadas quando a reprovabilidade da conduta é menor que quando pratica duas ou mais ações) até mesmo aquelas de cunho político-criminal (evitar que seja imposta uma pena exacerbada).

Béze (2001) afirma que, no concurso formal perfeito, a exasperação tem bases na existência de uma única conduta com uma só finalidade, mas aumentando-se, por ocorrerem dois ou mais crimes, mas informando o posicionamento de Capez, para quem o fundamento é apenas de política criminal, a se evitar a imposição da soma das penas dos crimes (BÉZE, 2001, p. 77).

Analisando o concurso formal, pode se falar em um concurso formal homogêneo, quando também ocorrem dois ou mais do mesmo crime, e em um concurso formal heterogêneo, quando diversos os delitos.

Também se tem o concurso formal próprio – quando há desígnio ou vontade único – e concurso formal impróprio – ocorrência de desígnios autônomos.

Quanto às teorias sobre os requisitos exigidos legalmente para a ocorrência do concurso formal, tem-se:

a) teoria objetiva: somente são exigidos requisitos objetivos para a configuração, ou seja, unidade de comportamento juntamente com pluralidade de crimes;

b) teoria subjetiva: para além da unidade de comportamento e pluralidade de resultados, também é exigida a unidade de desígnios.

A parte final do artigo 70 do CP impõe a aplicação da regra do cúmulo material, nada obstante a prática de somente uma ação ou omissão, pois o agente, nesta hipótese, age com desígnios autônomos. Desígnio, neste contexto – e também na expressão do artigo 71 - é diferente do conceito de dolo, até mesmo porque se admite concurso formal entre crimes culposos. Desígnio, aqui, deve ser entendido como fim almejado.

A justificativa do maior rigor no concurso formal com desígnios autônomos é que “objetivamente tivesse havido uma só conduta, subjetivamente o agente agiu com vontade dirigida aos crimes que cometeu”, havendo, por isto, cúmulo material (BÉZE, 2001, p. 88). Observe-se, contudo, que tal cumulação material somente é possível se houver concurso de crimes dolosos. Já a primeira parte do art. 70 do CP pode se dar entre crimes culposos ou entre crime doloso e crime culposo, porque a finalidade do agente é única. (BÉZE, 2001, p 94)

2.3 Crime Continuado

Regula o art. 71 do CP o crime continuado:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe

a pena de um só dos crimes, se idênticos, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Como notícia histórica, o crime continuado foi introduzido no Brasil no art. 39 do Decreto-Lei 4780, de 27/12/1923 (BÉZE, 2001, p. 57).

Discute-se qual seria a natureza jurídica do crime continuado, se uma ficção jurídica (posição de Carrara) ou se uma realidade jurídica. No presente estudo, adotar-se-á o primeiro posicionamento.

O Código Penal de 1940, art. 51, não exigia unidade de desígnio para o crime continuado, adotando-se a teoria objetiva, conforme se vê na exposição de motivos, item 27. A novidade que a reforma da parte geral de 1984 trouxe ao sistema foi permitir o crime continuado para crimes dolosos contra cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, ainda que contra vítimas diferentes.

É certo, ainda, que a exasperação da pena não visa beneficiar o agente que vive da prática criminosa, fazendo-a um estilo de vida:

O fundamento da exasperação da pena não visa com certeza, beneficiar o agente que, reiteradamente, pratica crimes parecidos entre si, como o estelionatário, que vive da prática de “golpes”. Fundamentando-se no critério da menor periculosidade, da benignidade ou da utilidade prática, a razão de ser do instituto do crime continuado não se coaduna com a aplicação do benefício da exasperação da pena para aquele agente mais perigoso, que faz do crime profissão e vive deliberadamente à margem da lei. (BÉZE, 2001, p.155).

Quanto às teorias do crime continuado, a primeira delas é a teoria subjetiva, a qual afirma que, para determinação da continuidade delitiva, somente é necessária a convergência do elemento subjetivo, ou seja, unidade de desígnio. Tal era a teoria adotada pelo Código Penal de 1890:

O requisito subjetivo significa que para que possa vir a ser reconhecido o crime continuado é necessário que o agente pretenda ter uma unidade subjetiva, ou seja, que saiba, conheça e queira agir dentro de um plano inicial que englobe todos os delitos que por isto devem ser considerados um só na aplicação da pena (BÉZE, 2001, p. 128).

A crítica que se faz cinge-se às dificuldades práticas de se provar tal elemento subjetivo (BÉZE, 2001, p. 124).

Existe ainda a teoria objetiva, que leva em conta somente elementos objetivos para configuração do crime continuado, quais sejam, pluralidade de condutas e de resultados e crimes praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução.

Se para a grande maioria da doutrina foi a teoria adotada pelo CP no art. 71 e explicitado na exposição de motivos do CP (assim, plenamente cabível para os crimes culposos), todavia, para “a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores brasileiros exige a necessidade de existência desse elemento [subjetivo] para que se possa reconhecer o crime continuado, havendo poucas decisões em contrário” (BÉZE, 2001, p. 133), conforme se colaciona:

HC 101049/RS. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 04/05/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-091, divulg. 20-05-2010, public. 21-05-2010. Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME CONTINUADO. NECESSIDADE DE PRESENÇA DOS ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. REITERAÇÃO HABITUAL. DESCARACTERIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Para a caracterização do crime continuado faz-se necessária a presença tanto dos elementos objetivos quanto subjetivos.

[...] 4. Habeas corpus denegado.

RHC 85577/RJ. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 16/08/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ02-09-2005 PP-00047. Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME CONTINUADO. CARACTERIZAÇÃO. 1. A continuidade delitiva (CP, art. 71) não pode prescindir dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução) e subjetivo (unidade de desígnios). [...] 3. RHC improvido.

HABEAS CORPUS. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS, HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA TOTAL: 55 ANOS, 7 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENAS-BASES FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (ANTECEDENTES, MÁ PERSONALIDADE, CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DOS DELITOS, QUE DEIXOU 2 POLICIAIS MORTOS. CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CPB). AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS ENTRE AS AÇÕES PERPETRADAS. REITERAÇÃO CRIMINOSA. RECONHECIMENTO QUE DEMANDARIA AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. A continuidade delitiva, segundo posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, é uma ficção jurídica, de sorte que, não obstante a pluralidade de crimes, considera-se a existência de um só, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos (delitos da mesma espécie, condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes) e subjetivos (unidade de desígnios). 4 Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC 142.384/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 13/09/2010, grifo nosso)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBOS EM CONCURSO MATERIAL E FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE LIMINAR

PREJUDICADO. 1. “Esta Corte vem aplicando a teoria objetiva-subjetiva, na qual a aplicação do ‘crime continuado’ depende tanto dos elementos objetivos – condições de tempo, lugar, modo de execução etc –, como dos subjetivos – unidade de desígnios” (HC 38.016/SP). [...] (HC 140.927/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010, grifo nosso).

Deve-se falar ainda numa terceira teoria, qual seja, teoria objetivo-subjetiva, em que se conjuga a análise de elementos externos ao crime conjuntamente com elemento subjetivo de programação inicial da prática delituosa em continuidade, com unidade de resolução. Hungria criticava tal teoria em razão de premiar aquele que, já inicialmente, se programava para a premeditadamente praticar vários crimes, tendo uma culpabilidade exacerbada (BÉZE, 2001, p. 125).

Da disposição do art. 71, extraem-se os elementos do crime continuado, quais sejam: a) mais de uma ação ou omissão; b) crimes da mesma espécie; c) circunstância de tempo; d) circunstancia de lugar; e) circunstância de modo.

Mais de uma ação ou omissão. É pressuposto do crime continuado a existência de mais de uma ação ou omissa. Do contrário, o que se teria é hipótese de concurso formal.

Crimes da mesma espécie. Aqui a questão é tormentosa. Para uns, crimes da mesma espécie são aqueles tipificados no mesmo tipo penal, enquanto para outros, são os que atingem idênticos bens jurídicos:

Aqui está uma das maiores problemáticas do crime continuado: definir o que são crimes da mesma espécie. Parte da doutrina defende que crimes da mesma espécie são os previstos necessariamente no mesmo tipo penal, podendo, porém, haver continuidade delitiva entre o tipo simples e os derivados (qualificado e privilegiado). Não aceitamos tal tese, que na verdade confunde “crimes da mesma espécie” com crimes idênticos. [...] Crimes da mesma espécie não são necessariamente previstos no mesmo tipo. São aqueles que, em verdade, lesionam bens

semelhantes com condutas similares. [...] No STF, porém, prevalece a tese de que crime continuado só pode haver se a previsão for do mesmo tipo penal. (HIRECHE, 2006, p. 128).

E sobressai que a confusão foi causada pelo legislador, pois:

[...] no concurso material e no concurso formal – utilizou a expressão “crimes idênticos” e, no crime continuado, faz referência a “crimes da mesma espécie”. Logo tais expressões têm o mesmo significado? Sendo sinônimos, teria o legislador tratado do mesmo caso com fórmulas diferentes? (BÉZE, 2001, p. 144).

Béze (2001) referencia que, na jurisprudência, predomina o entendimento de que crimes da mesma espécie são crimes idênticos, inclusive citando a impossibilidade de continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor (BÉZE, 2001, p. 146).

Circunstância de tempo. Não existem critérios rígidos para se determinar o que seriam iguais circunstâncias de tempo. Contudo, vislumbra-se tendência doutrinária e jurisprudencial a considerar o prazo máximo de cometimento entre os crimes não superior a trinta dias. (HIRECHE, 2006, p. 128)

Circunstância de lugar. Tal qual na circunstância de tempo, não existem critérios rígidos, também fica a depender do caso concreto, mas com leve consenso no sentido de os atos deverem ser praticados na mesma cidade. (HIRECHE, 2006, p. 128)

Maneira de execução. Deve haver semelhança de *modus operandi*.

Por fim, quando se trata de bens personalíssimos (vida, saúde, dignidade sexual etc), a doutrina controverte-se acerca da possibilidade de se poder reconhecer o crime continuado:

A doutrina está dividida basicamente em três posicionamentos: alguns não admitindo em hipótese alguma a continuidade delitiva quando o bem jurídico ofendido é personalíssimo; outros admitindo nesses

casos, quando há unidade de sujeito passivo; e, finalmente aqueles que admitem o crime continuado quando os crimes que o compõem atingem qualquer espécie de bem jurídico. (BÉZE, 2001, p. 136).

A primeira posição deu ensejo à edição da Súmula do Supremo Tribunal Federal nº 605, mas com a reforma e a inclusão do parágrafo único ao art. 71, tal posicionamento teve de ser refeito, para se admitir a continuidade delitiva e somente para o caso de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça e contra vítimas diferentes.

3 A Lei 12.015/09 e o Novo Artigo 213 do Código Penal

O Código Penal, em sua redação original, normatizava, em seu Título VI, os ditos *Crimes contra os Costumes*. Esta denominação do título evidenciava uma cultura jurídica do início do século XX, preocupada com uma vinculação da proteção jurídica aos padrões morais da época.

No final do ano de 2009, editou-se a Lei 12.015, a qual passou a denominar o Título VI de “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”.

Denota-se, nada obstante somente uma alteração textual, uma maior convergência do texto do Código com os ditames da Constituição, pois o que se quer proteger, ou o bem jurídico tutelado pela norma penal, é a dignidade da pessoa humana em sua expressão de liberdade sexual, e não os costumes vigentes.

Das várias alterações promovidas por aquela Lei, a que interessa na presente pesquisa é a promovida nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ou, mais precisamente, nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

A Lei 12.015/09 revogou o texto o artigo 214 do Código Penal, mas sem que ocorresse sua revogação material, transferiu a proibição normativa para o artigo 213, o qual passou a ser assim redigido:

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.

Evidencia-se que a pena cominada continuou a mesma, pois os dois crimes, anteriormente, tinham a mesma pena abstrata de reclusão de 6 a 10 anos.

Indaga-se, contudo: qual a natureza deste novo tipo penal?

Acerca da classificação dos tipos penais, Fragoso (2006) ensina:

Classificam-se também os tipos penais em *simples* e *mistos*. Tipos simples são aqueles que descrevem uma única espécie de conduta punível. [...] Tipos mistos são os que descrevem mais de uma espécie de conduta. Fala-se aqui de tipos mistos *alternativos* e *cumulativos*. Os tipos alternativos são muito numerosos. Correspondem a casas 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 acumulados. Nestes casos, haverá sempre concurso, em caso de realização de mais de um tipo. (FRAGOSO, 2006, p. 193-194).

Também assim entende Vicente Greco Filho (2009), o qual, citando Binding, Wertheimer, Mezger e outros, vê os tipos mistos como de duas naturezas:

[...] *alternativos* quando a violação de uma ou várias condutas previstas importa sempre no cometimento de um único delito; *cumulativos* quando há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa a um concurso de crime (material, formal, crime continuado). (GRECO FILHO, 2009, p. 119).

Então, questiona-se: o novo artigo 213 do Código Penal, consubstancia um tipo misto cumulativo ou um tipo misto alternativo, sobretudo, no caso de, numa situação fática, ocorrerem conjunção carnal e outros atos libidinosos diversos desta? Responde, ainda, Greco Filho (2010?):

O tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos então delitos autônomos. (GRECO FILHO, 2010?).

Enfim: se a violação seguinte é fase de execução da anterior, ou seja, se a conjunção carnal é precedida de outros atos libidinosos preparatórios, o que se tem é crime único. Do contrário, isto é, em caso de ocorrerem atos libidinosos diversos da conjunção carnal e esta, mas um não sendo fase de execução do outro, o que se tem é a ocorrência de duas violações consumando-se dois crimes de estupro, em tipo misto cumulativo.

4 Concurso de Crimes no Caso de Cometimento de Atos Conjunção Carnal e Outros Libidinosos Diversos da Conjunção Carnal no Mesmo Contexto Fático: (Im) Possibilidade?

Com a nova redação do art. 213 do Código Penal, que passou a unificar as figuras delitivas antes do estupro e do atentado violento ao pudor, para prever no mesmo tipo penal atos de conjunção e atos libidinosos diversos da conjunção carnal, indaga-se como se dá o concurso de crimes com a prática, no mesmo contexto fático, de ambos os atos.

Inicialmente, cabe trazer o estado da arte existente antes da edição da Lei 12.015/09.

Ainda sob a dicotomia estupro e atentado violento ao pudor, existiam duas posições acerca do enquadramento da conduta do agente que, no mesmo contexto fático, mantinha conjunção carnal e, com a mesma vítima, praticava ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Para uns, havia pluralidade de crimes, aplicando-se a regra do concurso material, o que impunha a soma das penas.

CRIMINAL. RESP. ESTUPRO. VÍTIMA DIVERSAS. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO MATERIAL. INCIDÊNCIA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DELITO HEDIONDO. PROGRESSÃO DEREGIME. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA INCIDENTER TANTUM PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, já decidiu pela impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva em crimes contra a liberdade sexual contra vítimas diversas, hipótese em que se incide a regra do concurso material. [...] (Resp 806429/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 22/05/2006, p. 247).

Já outra posição defendia que, atento às condições de tempo, lugar e modo de execução, o que se tinha era crime continuado, devendo-se aplicar umas das penas exasperadas (e sem se falar na regra do parágrafo único do art. 71, o qual somente é aplicável contra vítimas diferentes).

Existia ainda o entendimento de que os atos libidinosos são atos de execução de um crime de estupro, ou seja, são atos necessários e antecedentes aos de conjunção carnal, o que se tem é crime único.

É possível a ocorrência de concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor (art. 214), nas hipóteses em que este crime não consistir em meio natural para a realização do estupro – v.g., coito anal ou sexo oral; os atos que considerados vestibulares ao próprio crime de estupro são compreendidos como absorvidos pelo delito do art. 213 – como, v.g., o ato de beijar a vítima ou fazer-lhe eventuais carícias. Não haverá crime continuado quando o agente vier a praticar vários estupros contra a mesma vítima na mesma ocasião, respondendo ele apenas por um único delito de estupro. É admissível a continuidade delitiva na hipótese de se tratar da mesma vítima em ambientações diferentes. (SILVA, 2006, p. 88).

Pode-se dizer, contudo, que havia tendência consolidada no sentido de impossibilidade de ocorrência de continuidade delitiva, “porque os desígnios eram autônomos e, por esta razão, deveria ocorrer *concurso material*.” (TEBET FILHO, 2010?).

O Supremo Tribunal Federal, que anteriormente à edição de Lei nº 12.015/2009, tinha posição consolidada no sentido da ocorrência do concurso material de crimes entre estupro e atentado violento ao pudor, após a referida Lei, pelo menos em duas oportunidades, já posicionou em sentido diverso:

Habeas corpus. [...] 4. Superveniência da Lei n. 12.015/2009. Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL). Continuidade delitiva. Possibilidade. (HC 99808, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-03 PP-00514). EMENTA: Habeas corpus. Atentado violento ao pudor e estupro. Continuidade delitiva. Superveniência da Lei nº 12.015/2009, não examinada na origem. Supressão de instância. Não conhecimento. Evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus concedido de ofício. Embora o acórdão atacado esteja em harmonia com a jurisprudência anteriormente prevalecente do Supremo Tribunal

Federal, cujo Plenário, em 18.06.2009, no julgamento do HC 86.238 (rel. min. Cezar Peluso e rel. p/ o acórdão min. Ricardo Lewandowski), assentou a inadmissibilidade da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, por tratar-se de espécies diversas de crimes, destaco que, após esse julgado, sobreveio a Lei 12.015/2009, que, dentre outras inovações, deu nova redação ao art. 213 do Código Penal, unindo em um só dispositivo os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Com isso, desapareceu o óbice que impedia o reconhecimento da regra do crime continuado no caso. Em atenção ao direito constitucional à retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL), seria o caso de admitir-se a continuidade delitiva pleiteada, porque presentes os seus requisitos (CP, art. 71), já os acórdãos proferidos pelo TJSP e pelo STJ indicam que os fatos atribuídos ao paciente foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Ocorre que tal matéria, até então, não foi apreciada, razão por que o seu exame, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, constituiria supressão de instância. Por outro lado, nada impede a concessão de habeas corpus de ofício, para conferir ao juízo da execução o enquadramento do caso ao novo cenário jurídico trazido pela Lei 12.015/2009, devendo, para tanto, proceder à nova dosimetria da pena, afastando o concurso material e aplicando a regra do crime continuado (CP, art. 71), o que, aliás, encontra respaldo tanto na Súmula 611 do STF, quanto no precedente firmado no julgamento do HC 102.355 (rel. min. Ayres Britto, DJe de 28.05.2010). Não conhecimento do writ e concessão de habeas corpus de ofício. (HC 94636, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-02 PP-00300).

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça, 6º Turma, passou a entender que, em face da nova legislação vigente, a citada hipótese constitui crime único (TASSE, 2010, p. 162), passível de reconhecimento da continuidade delitiva:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. [...] 6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo

a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções. (HC 144870/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 24/05/2010).

A quinta turma, recentemente, também adotou tal tese:

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que é possível a figura do crime continuado entre estupro e atentado violento ao pudor – tipos penais tratados separadamente pelo Código Penal até 2009, quando foram reunidos num mesmo artigo sob a denominação geral de estupro. Com a decisão, o STJ passa a ter um entendimento unificado sobre o tema, pois a Sexta Turma já vinha se manifestando pela possibilidade do crime continuado – que significa que o réu é condenado à pena de um dos crimes cometidos em sequência, aumentada de um sexto a dois terços, em vez de suportar uma pena para cada crime.²

Este entendimento, no entanto, vai de encontro ao princípio da proporcionalidade e à dogmática penal.

É certo que da dicção do novo artigo 213, como já se viu, não houve *abolitio criminis* do atentado violento ao pudor, pois o legislador ainda efetua uma distinção entre atos de conjunção carnal e outros atos libidinosos. Também:

Não se pode [...] perder de vista, que as ações direcionadas à prática da conjunção carnal constituem um 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. (TEBET FILHO, 2010?).

2 Obtido em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmparea=398&tmp.texto=101424&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=estupro>. Acesso em: 20 abr. 2011.

Com isto, e aplicando-se a teoria dos tipos mistos, conclui-se que o art. 213 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 12.015/09, consubstancia tipo misto cumulativo, e não alternativo, e com isto, havendo mais de uma violação ao tipo penal, o que se tem é concurso de crimes.

A jurisprudência do crime único acima citada, sequer se justifica em face da legalidade existente antes da Lei nº 12.015/09. Se sob a tipicidade separada dos crimes de estupro e do atentado violento ao pudor, em tipos penais diversos, não se entendia ocorrer crime único, porque a unicidade da conformação legislativa no art. 213, o qual, simplesmente unificou os tipos penais, dever-se-ia mudar tal posicionamento?

Em outras palavras, se são as condutas que definem a ocorrência de crime, e, na situação aventada, ocorrem duas condutas diversas, direcionadas a prática de atos diversos, não pode ser somente porque houve união dos tipos legais que se deve entender que há crime único.

A tese do crime único também não encontra respaldo no princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição de proteção deficiente.

É certo que a tutela da liberdade sexual é um mandamento constitucional expresso, a ver das disposições dos artigos 1º, inc. III, 5º, *caput*, e 227, § 4º, existindo, nesta hipótese, um imperativo constitucional explícito de tutela penal.

Também não se questiona a constitucionalidade do princípio da proporcionalidade, e, como tal, deve ser tido como parâmetro de aferição da constitucionalidade das decisões governamentais, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciais. E isto vale para a proibição de excesso e para a proibição de proteção deficiente:

A proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na

realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua dignidade constitucional. (FELDENS, 2008, p. 92).

Sobressai, portanto, que a conclusão de que várias violações à liberdade sexual, com as várias condutas a fins diversos, consubstancia crime único, mesmo com malferimento do mesmo bem jurídico, é dar uma proteção a quem do mínimo exigido constitucionalmente, pois viola a dignidade da pessoa humana em sua expressão da liberdade sexual:

Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplica-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou na prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos. (GRECO FILHO, 2010?).

Por fim, não se olvida que, fazer controle de constitucionalidade de decisões judiciais, mormente em material penal, é tarefa das mais árduas e de difícil implementação concreta, seja em face da proibição de excessos, seja de proibição de proteção deficiente:

Se já é difícil convencer os operadores jurídicos do uso do controle difuso para aplicar a cláusula de proibição de excesso [...] imagine-se o comportamento destes no que concerne ao controle difuso de constitucionalidade (e o mesmo vale para o controle concentrado feito pelo STF) quando se está diante de uma hipótese de aplicação da cláusula da proibição de proteção deficiente, quando é colocada em xeque – de forma mais delicada, porque feita em sentido contrário – a liberdade de conformação legislativa. (STRECK, 2005, p. 179).

Tal situação fática de dificuldade de efetivação não pode servir de justificativa para sua não implementação. O que se tem é uma situação fática de clara afronta aos ditames constitucionais da proporcionalidade, em que há uma violação da proibição da proteção penal insuficiente.

A interpretação de que, havendo várias incidências no tipo do art. 213, contra a mesma vítima no mesmo contexto fático, e não sendo os atos libidinosos preparatórios do coito vaginal, tem-se crime único viola os ensinamentos da dogmática penal e, o que é muito mais grave, é inconstitucional, pois viola a cláusula da proporcionalidade.

Conclusão

1. O princípio da proporcionalidade tem sede constitucional, conforme já afirmou a doutrina e a jurisprudência do STF, e, a partir da teoria dos deveres de proteção, é possível se falar em duas vertentes de tal princípio: proibição de excesso e proibição de proteção deficiente.

2. O concurso de crimes comporta três teorias: a) concurso material, em que há soma das penas; b) concurso formal, com a exasperação de uma das penas; c) crime continuado, em que, por ficção, entende-se ocorrido um único crime, com a imposição de uma única pena, mas também exasperada.

A Lei nº 12.015/09 não empreendeu *abolitio criminis* do crime de atentado violento ao pudor. Somente revogou formalmente o art. 214, transferindo o preceito proibitivo para o tipo penal do art. 213 e unificando sob a rubrica do crime de *Estupro*.

3. O art. 213 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.015/09, é tipo misto cumulativo, em que as várias violações direcionadas a fins diversos (fim de praticar conjunção carnal e fim de praticar atos diversos da conjunção) levam a ocorrência de tantos crimes quantas foram as violações.

4. Entender-se as várias violações ao art. 213 do CP no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima como crime viola o princípio da proporcionalidade, entendido como proibição da proteção penal insuficiente, além de ir de encontro a teoria dos tipos mistos cumulativos.

Proportionality and Criminal Law: Suitable Constitutional Interpretation for the Crimes Concourse Theory.

Abstract: Brazilian Federal Law 12.015/09 brought new legal status to the crimes against morals and named them as crimes against sexual dignity. The crimes of rape and indecent assaults became unified into a single criminal offense and were both defined as rape, as you can see in article 213 of Brazilian Criminal Code. So, doctrine and jurisprudence started to argue on the nature of the new criminal offense about how to deal with it, whether mixed alternative or mixed cumulative. If the new criminal offense is interpreted as mixed cumulative, which accumulation of crimes operates when practiced in the same factual context and against the same victim of rape and other sexual acts. In other words, if such hypothesis occurs, the crime may be analyzed as tender material crime, formal tender crimes, or even continuing offense. Under such conformation, the constitutional principle of proportionality can be exploited under the aspect of prohibition of insufficient legal protection, as long as there is no doubt about the Constitutional Guarantee of protection of sexual freedom. So, it's assumed that if those crimes are considered as only one, it would violate the mixed criminal offense theory and the principle of proportionality, what may lead to an unconstitutional issue.

Keywords: Rape. Sexual dignity. Accumulation of crimes. Proportionality.

Referências

BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência*.

dência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Atualizador: Fernando Fragoso.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção – repressão*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Uma interpretação de duvidosa dignidade*. [2010?]. Disponível em: <http://www.grecofilho.com.br/pdfs/interpretacao_lei_dignidade_sexual.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2010.

HIRECHE, Gamil Föppel el . Teoria geral do concurso de crimes. *Revista Forense*, v. 387, p. 117-131, set./out. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano 32, n. 98, p. 105-149, jun. 2005.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei nº 11.106/2005*. Leme: J.H.Mizuno, 2006.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, ano 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

TASSE, Adel el. O novo entendimento do STJ sobre a prática de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo contexto fático. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, ano 11, n. 61, p. 161-163, abr./maio 2010.

TEBET FILHO, Walter. *O concurso de crimes no novo art. 213, do*

código penal. [2010?]. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art_juridicos2009.htm/>. Acesso em: 19 out. 2010.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CERQUEIRA, Ericson dos Santos. Proporcionalidade e direito penal: por uma interpretação constitucionalmente adequada da hipótese de concurso de crimes de estupro. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 205-238, 2011. Anual.

Submissão: 28/07/2011

Aceite: 20/10/2011