

# A PRECARIEDADE NA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS NA FIXAÇÃO DA PENA PARA CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO ATUAL

*Elaine Rufino Costa*

---

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo no ano de 2011. O presente artigo corresponde a uma versão resumida e adaptada do trabalho de conclusão de curso defendido em 2011 na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, sob orientação do professor doutor Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar a importância da atenção aos princípios do Direito na fundamentação das decisões judiciais na fixação da sanção penal nos crimes de estupro. O artigo traz um breve estudo da fixação da pena no sistema brasileiro, elencando os principais princípios penais e processuais penais, considerados essenciais pelo estudo, na fixação da pena. Além disso, traz uma breve análise das mudanças na disciplina jurídica dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Por fim, considera o problema da aplicação de princípios do direito com a análise de julgados pesquisados antes e depois do advento da lei nº 12.015/2009.

**Palavras-chave:** Princípios do Direito; estupro; atentado violento ao pudor; sanção penal justa.

## INTRODUÇÃO

Com a mudança na legislação penal no que concerne aos crimes sexuais advinda com a lei nº 12.015/2009, que unificou o estupro e atentado violento ao pudor em um único artigo, as decisões judiciais acerca destes casos tornaram-se conflitantes, uma vez que a discussão sobre concursos de crimes tornou-se o foco para aplicação da sanção penal diante de um novo cenário legislativo.

Em vista disso, o presente estudo procurou abordar a necessidade da argumentação de princípios do Direito para que a sanção penal imposta ao agente do crime de estupro seja a mais justa possível.

Neste íterim, será analisada a fixação da pena em nosso sistema brasileiro, restando certo de que importância da argumentação de princípios do Direito na fundamentação das decisões judiciais centraliza-se nos princípios elencados no estudo, considerados imprescindíveis para o caso em questão, não retirando de modo algum a importância de outros princípios não elencados no presente estudo.

Dentro de uma breve abordagem panorâmica das legislações anteriores sobre o estupro e atentado violento ao pudor, o estudo demonstra a disciplina jurídica destes crimes ao longo da história com as mudanças ocorridas desde o tempo do Império, culminando com a promulgação da lei nº 12.015/09.

Enfrentado o problema da falta de argumentação de princípios do Direito, o presente estudo visa a demonstrar sua necessidade dentro de um contexto de decisões judiciais fixadoras de sanções penais ao agente do crime de estupro.

## 1. FUNDAMENTOS DA DECISÃO JUDICIAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

### 1.1 Fixação da pena no sistema brasileiro

Para a fixação de pena em nosso sistema jurídico, o Código Penal a disciplina em seus artigos 59 a 68.

O sistema de fixação da sanção penal no Brasil, conforme artigo 68 do Código Penal, é o chamado de trifásico, haja vista ser constituído por três fases, sendo que na primeira fase deve-se observar os critérios elencados no *caput* do artigo 59 do Código Penal<sup>1</sup>, de modo a fixar a pena base ao agente. Nesta fase, portanto, o magistrado deverá levar em conta as circunstâncias judiciais, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. Sendo assim, a pena-base a ser fixada deve ser de maneira suficiente à reprovabilidade da conduta e sua prevenção.

Na segunda fase, há que se considerar a existência de circunstâncias atenuantes e

1 Cf. art. 59: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível."

agravantes a cada caso concreto e, por fim, na terceira fase, a pena fixada incidirá nas causas de aumento e diminuição.

Salienta-se que no concurso de agravantes e atenuantes, o magistrado poderá dar preponderância aquela possuidora de maior peso<sup>2</sup>, sendo que, semelhantemente nas causas de aumento e de diminuição, o parágrafo único do artigo 68 possibilita ao juiz restringir em um só aumento ou diminuição, prevalecendo a causa que mais aumente ou diminua.

Dentro da fixação da sanção penal, a argumentação de princípios do Direito dá-se em todas as fases. Neste trabalho, examino sua importância no que concerne ao princípio da individualização da pena, por levar em conta os elementos subjetivos do indivíduo.

## 1.2 Dos princípios penais

Os princípios penais considerados essenciais para a argumentação principiológica nas decisões fixadoras de pena nos crimes de estupro são os relacionados abaixo.

O **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana** é considerado um fundamento do Estado Democrático de Direito<sup>3</sup>, sua missão é preservar a integridade do indivíduo não

somente na fixação da pena, mas também no cumprimento da mesma. Trata-se, portanto, de um princípio regente, cuja missão é a preservação do ser humano desde o nascimento até a morte, garantindo-lhe seu mínimo existencial (NUCCI, 2010, p. 39).

O **Princípio da Legalidade** é extremamente importante para a segurança de nosso ordenamento jurídico, encontrado explícito na Carta Magna, no artigo 5º, XXXX, sendo que prevalece em nosso sistema a legalidade formal, tendo em vista que por mais grave que seja uma conduta, podendo trazer resultados catastróficos, só será punida se houver previsão legal, diferentemente da legalidade material que considera crime toda conduta lesiva a um interesse juridicamente tutelado (NUCCI, 2010, p. 83).

Com a mudança na legislação com a lei nº 12.015/09, que unificou em um tipo penal as condutas lesivas de estupro e atentado violento ao pudor, é possível afirmar a ocorrência da *reformatio in mellius*, que deverá beneficiar todos aqueles que serão julgados e os que já cumprem pena, o que se torna imperioso elencar o **Princípio da Retroatividade Benéfica**. Este princípio estatuído no artigo 5º, XL, da Constituição Federal, estabelece que a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Sendo assim, com a junção em um único tipo penal, passou a se discutir se as condutas de estupro e atentado violento ao pudor configurariam crime continuado, crime único ou permaneceriam sendo dois crimes autônomos de espécies diferentes, restando aplicar o concurso material. Esta discussão criou séria divergência em deci-

2 Cf. art. 67: “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.”

3 Cf. Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;”

sões dos tribunais dos Estados e também nos Superiores, em que trataremos adiante neste trabalho.

Para que a sanção penal do agente seja justa, deve ser adequada à gravidade de seu delito. O **Princípio da Proporcionalidade** traz um bloqueio para repelir abusos, haja vista que além do limite de pena estabelecido na lei (Código Penal brasileiro), o magistrado deverá equitativamente aplicar a sanção penal para que a pena do agente seja adequada, necessária, suficiente e justa.

Para que o Princípio da Proporcionalidade seja respeitado é necessário que sejam atingidos dois objetivos: a preservação da harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibitivas e a fundamentação do equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime (NUCCI, 2010, p. 211).

Neste ínterim, o **Princípio da Culpabilidade** é de importância na aplicação da pena, sendo um pressuposto subjetivo que perquirirá a sua vontade de praticar ou não a conduta delitiva. Este princípio se concentra na expressão latina *nullum crimen sine culpa*, portanto, só haverá crime se houver culpa, que no caso será em seu sentido estrito, qual seja, o dolo. “Assim, não basta que o agente simplesmente realize um fato, mesmo quando decorrente de sua vontade consciente. Torna-se essencial buscar-se no seu âmago, o elemento subjetivo (...)” (ÁVILA, 2010, p. 124).

Por fim, o **Princípio da Individualização da Pena** procura estabelecer uma singularidade para cada aplicação de pena, tendo em vista que cada caso é único e que cada

agente é diferente, o que deve a pena corresponder qualitativamente em cada conduta delitiva. Assim, conforme entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 159), a individualização da pena é essencial para garantir a justa fixação da sanção penal, evitando-se a intolerável padronização e o desgaste da uniformização dos seres humanos, pois cada qual mantém sua individualidade, desde o nascimento até a morte. Esse contorno deve ser observado pelo magistrado no momento da sua aplicação.

### 1.3 Dos princípios processuais penais

Sendo o processo penal o instrumento para viabilizar a aplicação da pena ao agente, imperioso se faz o respeito aos princípios a ele concernentes de modo que o procedimento seja justo e correto.

Desse modo, o **Princípio do Devido Processo Legal** é o regente de toda teoria do Direito Processual, estando explícito na Constituição Federal, no artigo 5º, LIV. Este princípio será respeitado caso todos os princípios norteadores do Direito Penal e Processual Penal sejam, fielmente, respeitados durante a persecução penal com todos os meios garantidores do direito do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente (NUCCI, 2010, p. 63).

Os **Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório** são imprescindíveis para que conceda ao agente a oportunidade de apresentar sua defesa.

O Princípio da Ampla Defesa é a chance

que o indivíduo tem de preservar seu estado de inocência, envolvendo todos os estágios de procedimento onde se colha prova definitiva acerca da culpa de alguém, preferindo-se acolhê-la em excesso em lugar de restringi-la por cautela (NUCCI, 2010, p. 264).

Por outro lado, o Princípio do Contraditório é a oportunidade para que cada uma das partes possa contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de uma alegação ou atividade contrária a seu interesse (NUCCI, 2010, p. 286). Ou seja, é nesta fase que o agente tem a oportunidade de fornecer sua versão dos fatos, estando certo de que sua defesa, em seu sentido amplo, compreenderá a defesa técnica feita por advogado e autodefesa feita pelo próprio indivíduo.

#### **1.4 A aplicação de princípios pelo Método da Ponderação**

Para que os princípios acima elencados sejam devidamente aplicados, o operador do Direito pode se valer de estudos de renomados autores que se dedicaram em estabelecer o emprego dos princípios do direito na aplicação da norma jurídica.

Para tanto, primeiramente, cumpre apresentar os estudos de Robert Alexy, que distingue as regras dos princípios, sendo aquelas de generalidade baixa, devendo ser sempre satisfeitas ou não satisfeitas, tendo em vista que em um conflito de regras a solução estaria na existência de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se, pelo menos, uma das regras seja declarada inválida (ALEXY, 2008, p. 92).

Por outro lado, os princípios são *man-*

*damentos de otimização*, sendo que em caso de colisão entre si deve aplicar o método da ponderação ou sopesamento, avaliando dentro de cada caso concreto qual princípio possui o maior peso, em que um princípio que cedeu sua aplicação a outro princípio não perderá sua validade; haja vista que o conflito de regras encontra-se no âmbito da validade, os princípios encontram sua aplicação na dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 94).

Desse modo, para Robert Alexy, na ponderação de princípios há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, sendo que a proporcionalidade possui três máximas parciais: adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), que decorrem logicamente da natureza dos princípios (2008, p. 116-117).

Existe a preferência em denominar as chamadas três máximas da proporcionalidade não como princípio, mas postulados normativos aplicativos (ÁVILA, 2010, p. 163). Outros ainda usam a nomenclatura de Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade (GOMES, 2003, p. 78); entretanto, independentemente da nomenclatura a ser utilizada, a ponderação de princípios deve ser sempre utilizada na aplicação da sanção penal do agente, pois toda vez que a ponderação é utilizada para justificar a aplicação da pena nos crimes de estupro ocorre uma restrição a um direito fundamental, que no caso é o direito à liberdade de locomoção para garantir outro direito fundamental denominado de liberdade sexual.

## 2. Disciplina jurídica brasileira do estupro e atentado violento ao pudor

Com uma breve análise da evolução da disciplina jurídica dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, esmiuçaremos as transformações ocorridas até a junção destes dois crimes em um único delito, denominada de estupro.

Nas Ordenações Filipinas, o estupro ensejava uma pena de degredo e açoitamento caso o agente não casasse com a vítima ou constituísse dote. No atentado violento ao pudor, a punição era de forma autônoma, independente a forma de execução do delito, práticas sodomíticas ou os “tocamentos desonestos torpes” (FÜHRER, FÜHRER, 2008, p. 585).

Já no Código Penal do Império de 1830, a violência sexual contra mulher dita honesta era de três a 12 anos, sendo sua pena maior que a da prostituta, que era de um mês a dois anos. Deixava-se de aplicar a pena caso o acusado viesse a se casar com a vítima (FÜHRER, FÜHRER, 2008, p. 585).

Neste código, assim como no estupro, o atentado violento ao pudor somente admitia a figura feminina como vítima.

Com o Código Penal republicano, de 1890, a pena, em comparação aos códigos penais anteriores, ficou mais branda, apesar de que foi mantida a obrigação de dotar a vítima, com a extinção de punibilidade do agente no caso de casamento (HUNGRIA, 1956, p. 114-115).

Com o advento do Código Penal de 1940, o estupro ainda trazia como sujeito passivo somente a mulher, porém sem diferenciação de

pena caso fosse prostituta. Por outro lado, no atentado violento ao pudor houve a adoção da figura masculina também como sujeito passivo, resguardando, desse modo, a liberdade sexual do homem, mas somente nos atos sexuais diversos da conjunção carnal.

Assim, a inovação trazida por este código foi no fato que “não há diferença entre mulher honesta e prostituta. No projeto de reforma da legislação penal, de Nelson Hungria, o crime de estupro não seria modificado” (BRANCO, 1978, p. 48).

### 2.1 Estupro e atentado violento ao pudor antes da lei nº 12.015/2009

No crime de estupro, somente se admitia a mulher como vítima, restando ao crime de atentado violento ao pudor admitir a figura masculina no polo passivo do delito.

Desse modo, o objeto jurídico do estupro era a liberdade sexual da mulher, tendo esta sempre como sujeita passiva e o homem como sujeito ativo. Já no atentado violento ao pudor tutelava-se também a liberdade sexual do homem, não permitindo que nenhuma pessoa sofresse constrangimento para dispor de seu corpo para fim libidinoso. Visava, assim, assegurar o direito à inviolabilidade carnal (PRADO, 2006, p. 206).

O elemento objetivo da conduta do estupro era constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça; no atentado violento ao pudor, a conduta consistia em constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que se pratique ato libidinoso diverso da conjunção

carnal (JESUS, 2002, p. 96 e 102).

O elemento subjetivo dessas condutas delitivas era o dolo, pois não existe figura culposa nos crimes sexuais. Este elemento subjetivo que determinaria se haveria tentativa de estupro ou atentado violento ao pudor (JESUS, 2002, p. 98).

A consumação do estupro dava-se pela introdução do pênis na vagina, ainda que parcialmente, podendo ou não haver ejaculação. No atentado violento ao pudor ocorreria “no momento da caracterização do ato objetivado pelo agente (delito de resultado e instantâneo)” (PRADO, 2006, p. 194).

Em ambos os delitos, a tentativa era possível, mas de difícil configuração, em especial no crime de atentado violento ao pudor caso não deixasse vestígios. Restando vestígios materiais do crime, fazia-se necessário o exame de corpo de delito para verificar se houve consumação ou não do crime.

A ação penal para ambos os crimes era privada, procedendo-se mediante queixa. Entretanto, tornava-se ação pública condicionada à representação caso a vítima, seus pais ou responsáveis não dispusessem de recursos financeiros para arcarem com as custas do processo. O tipo de ação penal escolhida pelo legislador visava proteger a intimidade da vítima, que teria a faculdade de representar ou não o agressor.

A pena seria aumentada para ambos os delitos caso resultasse em morte, fosse a vítima menor de 14 anos ou débil mental e o agente soubesse dessa circunstância (presunção de violência) ou não pudesse oferecer resistência de qualquer modo. Além disso, a

pena era aumentada na quarta parte se o crime fosse cometido em concurso de pessoas, fosse o agente ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão curador, preceptor, empregador da vítima ou possuísse outra autoridade sobre ela.

## **2.2 Estupro e atentado violento ao pudor a partir da lei nº 12.015/2009**

A referida lei reuniu em um único artigo, a saber, 213, o estupro e o atentado violento ao pudor, revogando, desse modo, o artigo 214 que tratava somente deste delito.

Sendo assim, o objeto jurídico tutelado passou a ser a liberdade sexual da pessoa humana em seu sentido amplo, sendo sujeito ativo ou passivo tanto o homem quanto a mulher. O que diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em relação à matéria sexual (PRADO, 2006, p. 599).

O elemento objetivo será constranger alguém à conjunção carnal ou praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. O elemento subjetivo permanece o dolo.

A consumação e a tentativa permanecem iguais como antes da alteração legislativa, ou seja, com a introdução do pênis na vagina, ainda que incompleta, não necessitando que aja ejaculação ou satisfação efetiva do prazer sexual, ou com a prática de qualquer ato libidinoso, independentemente, também, de ejaculação ou satisfação do prazer sexual (NUCCI, 2009, p. 811).

Por outro lado, a ação penal passa a ser

pública, mas condicionada à representação. A ação pode se tornar pública incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

A pena é aumentada da quarta parte se há o concurso de pessoas; e da metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou, ainda, caso tenha outra autoridade sobre ela ou se o crime resultar em gravidez. A pena será aumentada da sexta parte se ocorrer a transmissão de doença sexualmente transmissível em que o agente sabe ou deveria saber ser portador.

### 3. O problema da aplicação de princípios

Com o advento da lei nº 12.015/2009 as decisões passaram a ser desarmônicas, surgindo diversas posições quanto à discussão sobre concurso de crimes com a junção do crime de estupro e atentado violento ao pudor no artigo 213, revogando-se o artigo 214, ambos do Código Penal. Entretanto, o que existe de maior peso nesta questão é a falta de argumentação de princípios do Direito na fixação da pena do agente.

Insta salientar que a discussão de concurso de crimes é importante na aplicação da lei penal, porém, ressaltamos que a falta de argumentação principiológica para embasar uma fundamentação na fixação da sanção penal poderá ensejar uma punição injusta, pois cada caso concreto enseja uma aplicação diferente para justificar a aplicação da pena de modo a punir e prevenir o delito.

Sendo assim, antes do advento da referida lei as jurisprudências posicionavam-se, em sua maioria, na admissão do concurso material de crimes:

Se o agente, além da conjunção carnal, pratica outro ato de libidinagem não classificável entre os *praeludia coiti*, por exemplo o coito anal, a *irrumatio in ore* etc., haverá concurso material de estupro e atentado violento ao pudor. (Apelação Criminal nº 139.248, Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Relator Adalberto Spagnulo, 28 de maio de 1979). Os atos libidinosos praticados na vítima, como, por exemplo, o coito anal, não podem ser considerados como atos preliminares à conjunção carnal, uma vez que configuram condutas típicas, totalmente autônomas, sendo impossível o reconhecimento de um único crime. Assim, configurado está o concurso material entre os crimes de estupro tentado e o atentado violento ao pudor. (Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Apelação Criminal nº 017060010448, Desembargador Relator Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, julgado em 12/03/2008).

Igualmente, esta posição encontrava-se nos Tribunais Superiores:

Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor não são da mesma espécie, ainda que da mesma natureza

e quando praticados contra a mesma vítima não geram continuidade delitiva, mas deflagram o concurso material. (Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 37.041-8-SP, RTJE 123/242, Ministro Relator Jesus Costa Lima, 20/09/1993).

Crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Sendo mesmo gênero, mas não da mesma espécie, não se configura a continuidade delitiva, ainda que perpetrados contra a mesma vítima. Concurso material, que afasta a pretensão de unificação das penas. (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 66.575-6-RJ – Ministro Relator Carlos Madeira, 16/08/1988).

Com o advento da lei nº 12.015/2009, a divergência jurisprudencial se constatou não somente nos tribunais dos Estados, mas também nos Superiores:

Com o advento da lei nº 12.015, de 2009, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor restaram tipificados em um único artigo sem, contudo, configurarem crime único, tampouco continuidade delitiva, pois que perpetrados de forma diversa, não obstante praticados contra a mesma vítima. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo em Execução nº 70043655604, 7ª Câmara Criminal, Desembargador Relator José Conrado Kurtz de Souza, 25/08/2011).

A recentíssima alteração legislativa pela lei nº 12.015, de 07/08/2009, não aboliu o crime de atentado violento ao pudor, mas sim incorporou a conduta delitiva como tipo alternativo do crime de estupro. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0117587-90.2003.8.26.0114, da Comarca de Campinas, Relator Desembargador José Luiz de Jesus Vieira, julgado em 01/04/2011).

Nos tribunais superiores, em especial no Superior Tribunal de Justiça, a divergência interferiu até nas câmaras internas deste tribunal.

Com relação à incidência da lei nº 12.015/09, esta Corte já se posicionou pela não ocorrência de crime único ou em absorção de um tipo pelo outro (estupro e atentado violento ao pudor). (Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 160.265 – RJ [2010/0011695-5], Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02/12/2010).

Na decisão acima, o mesmo ministro relator, apesar de sua decisão em não admitir a reunião em um tipo penal, rendeu-se a aceitação da continuidade delitiva, tendo o Superior Tribunal de Justiça se posicionado desse modo, o que evidencia a discrepância jurisprudencial nesse sentido:

Esta 5ª Turma vinha entendendo que o art. 213 do CPB, após a alteração

introduzida pela lei nº 12.015/09, deve ser classificado como um tipo misto cumulativo, porquanto a prática de mais de uma conduta ali prevista, quando não representar ato libidinoso em progressão à conjunção carnal, sem dúvida agrega maior desvalor ao fato.

Destarte, atento à função primordial desta corte de ser a diretriz uniformizadora da jurisprudência nacional, ressalvo o meu ponto de vista pessoal para aderir ao posicionamento dominante e admitir a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, porquanto delitos da mesma espécie. (*Habeas Corpus* nº 139.334 - DF [20090115779-3], Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 03/05/2011).

O Supremo Tribunal Federal se posiciona na adoção do crime continuado após o advento da lei nº 12.015/2009:

Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da lei nº 12.015/2009 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas cir-

cunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima. (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 86.110-SP, 2ª T., rel. Cezar Peluso, 02.03.2010, v.u.).

Diante deste breve estudo jurisprudencial, é possível perceber que decisões não se preocupam com as argumentações de princípios em suas fundamentações. A preocupação primordial diz respeito à análise do concurso de crimes perante a nova redação do artigo 213 do Código Penal trazida pela lei nº 12.015/2009, em especial concurso material (artigo 69 do Código Penal) *versus* crime continuado (artigo 71 do Código Penal). Sendo este mais benéfico, a defesa vem pleiteando através de interposições de recursos aos tribunais, visando ao acolhimento da nova legislação como *reformatio in mellius*.

Contudo, é possível encontrar poucas decisões que recorram à justificação com princípios jurídicos, por exemplo, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que realiza aplicação de princípios. A decisão reconhece, em especial, o princípio da culpabilidade como forma de majoração da pena-base do agente, haja vista que, além de péssimos antecedentes, o *modus operandi* empregado no crime determinou seu alto grau de repugnância perante a sociedade:

A culpabilidade do apelado, entendida como o grau de censurabilidade e reprovabilidade social de sua conduta, mostrou-se intensa. V. parou seu veículo, fingindo averiguar um pro-

blema no mesmo, para abordar subitamente a vítima, pessoa que sequer conhecia, e, valendo-se de um revólver, obrigou-a a entrar no automóvel, dirigindo-se para um local ermo onde poderia consumir, com uso de violência e graves ameaças, sua bestial intenção libidinoso.

(...)

Diante da análise das circunstâncias judiciais, observando que a maioria delas se mostra desfavorável ao acusado, fixo, para cada um dos crimes (considerando que seus limites em abstrato são idênticos), a pena-base de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Não vislumbrando causas de oscilação, torno as sanções definitivas neste patamar. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Criminal nº 1.0287.02.010648-3/001 – Comarca de Guaxupé. Relatora Desembargadora Márcia Milanez).

Desse modo, a satisfação da justiça, ou seja, para que os casos de estupro sejam punidos de modo eficaz, seguro e justo, a argumentação de princípio jurídico-penal é de rigor essencial, pois simplesmente fixar uma sanção penal sem fundamentar motivadamente fere o Estado Democrático de Direito como um todo, pois uma decisão judicial baseada somente na norma estipulada na lei penal não possui o condão de oferecer uma sanção penal justa e individual para cada caso concreto.

#### 4. Conclusão

Ao analisar as decisões judiciais acerca dos crimes de estupro, a discussão de concurso de crimes após o advento da lei nº 12.015/2009 se tornou o foco principal da preocupação de grande parte dos magistrados de nosso país.

Sendo assim, a argumentação de princípios do Direito acabou ficando de lado, o que causa grave risco de uma aplicação de pena injusta por levar apenas critérios objetivos fixados na lei para uma sanção penal.

Cada caso concreto possui uma peculiaridade distinta e cada indivíduo tem suas diferenças próprias, o que torna impossível fixar a pena de modo igual a todos os agentes de crime de estupro, levando em conta apenas o tema de concurso de crimes, sendo que, com a junção dos tipos penais em questão, a discussão abordaria a fixação da pena do agente nos moldes do crime continuado, concurso material ou até em crime único.

Destarte, defendemos que a argumentação de princípios do Direito na fixação da sanção penal ao agente de crime de estupro é necessária para que a pena seja a mais justa possível, sendo que na colisão de princípios deve-se aplicar o método da ponderação ou sopesamento esmiuçado no presente trabalho.

Desse modo, entendo que, dentro de um mesmo contexto fático de tempo, modo, lugar e mesma vítima, a adoção do crime continuado no delito de estupro em que se pratiquem, também, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, deve-se aplicar o crime continuado.

Não obstante a isso, a pena deve ser fixada à luz da argumentação de princípios do Direito, de modo que o magistrado, além de proceder à fixação da sanção penal dentro do limite legal da pena abstrata estabelecida, é necessá-

rio que se faça a individualização em cada caso concreto. Assim, a pena do agente do crime de estupro, mesmo diante das transformações legislativas concernentes a este delito, possa ser proporcional diante da conduta praticada.

## BIBLIOGRAFIA

1. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.
2. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.
3. BRANCO, Vitoriano Prata Castelo. *O advogado diante dos crimes sexuais*. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1978.
4. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
5. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal comentado*. São Paulo: Malheiros, 2008.
6. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
7. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.
8. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal, volume 3: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.
9. \_\_\_\_\_. *Direito Penal, volume 3: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, 2010.
10. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
11. \_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
12. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. v.II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
13. \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal brasileiro*. v.III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.