

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.555 DISTRITO FEDERAL

<b>RELATORA</b>	<b>: MIN. CARMEN LÚCIA</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CONGRESSO NACIONAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA MILITAR</b>

### VOTO:

O Senhor Ministro **Cristiano Zanin** (Vogal): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Procuradoria Geral da República contra os arts. 232, § 3º, e 232, § 1º, c/c art. 236, I a III, todos do Código Penal Militar (CPM).

Eis os dispositivos impugnados:

Art. 232. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 14.688, de 2023)

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 14.688, de 2023)

(...) § 3º Se a vítima é menor de 14 (quatorze) anos ou, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência: (Incluído pela Lei nº 14.688, de 2023)

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 14.688, de 2023)

(...)

Art. 236. Presume-se a violência, se a vítima:

I - não é maior de quatorze anos, salvo fundada suposição contrária do agente;

II - é doente ou deficiente mental, e o agente conhecia esta circunstância;

III - não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

De acordo com a requerente, a ausência de previsão legal de modalidade qualificada pelo resultado no delito de estupro de vulnerável do art. 232 do CPM, assim como a previsão de uma presunção relativa de violência no art. 236 do CPM, ensejaria uma proteção deficiente do bem jurídico tutelado. Isso porque há, no Código Penal, previsão expressa de tipo qualificado pelo resultado morte ou lesão corporal grave, além de presunção absoluta de violência em casos de estupro de vulnerável, de modo que a pena prevista no Código Penal Militar para os mesmos casos seria menor do que a do Código Penal comum.

Isso, segundo argumenta, violaria “o art. 1º, III (princípio da dignidade humana); o art. 24, XIV (especial proteção da pessoa com deficiência); art. 227, *caput* (proteção especial da criança e do adolescente); e 227, § 4º (mandamento constitucional de punição severa do abuso, da violência e da exploração sexual de criança e adolescente)”.

O requerente afirma que “desse tratamento penal distinto, resultou a seguinte distorção: a) crime comum de estupro de vulnerável com resultado lesão corporal grave: pena de reclusão de 10 a 20 anos. b) crime militar de estupro de vulnerável, mesmo com resultado lesão corporal grave: pena de reclusão de 8 a 15 anos. c) crime militar de estupro com resultado lesão corporal grave ou contra vítima maior de 14 e menor de 18 anos: pena de reclusão de 8 a 10 anos”.

Nestes autos, o Advogado-Geral da União manifestou-se no seguinte sentido:

Direito Penal Militar. Artigo 232, § 3º, do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969), inserido pela Lei nº 14.688/2023, e artigos 232, § 1º; e 236, incisos I a III, do mesmo código. Ausência de previsão de qualificadora específica para o tipo penal militar de estupro de vulnerável que resulte em lesão corporal de natureza grave (artigo 232, § 3º) e previsão de hipóteses de presunção relativa de violência (artigo 236). Alegada afronta aos artigos 1º, inciso III; 24, inciso XIV; 227, caput; e 227, § 4º da Constituição da República. Presença de *fumus boni iuris*. O abrandamento punitivo do crime militar de estupro de vulnerável que resulte em lesão corporal de natureza grave, relativamente à legislação penal ordinária, não teve como contrapartida o fortalecimento dos princípios castrenses da hierarquia e da disciplina, restringindo-se a “adequar os crimes em tempo de paz com os tipos existentes no Código Penal comum”. Destarte, os comandos impugnados não se justificam diante do princípio da especialidade que rege o direito penal militar, sendo incompatíveis com o mandado de criminalização estabelecido no artigo 227, § 4º, da Lei Maior e com as normas protetivas dos direitos das crianças, dos adolescentes e dos deficientes, estabelecidas na Declaração Universal dos Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990) e na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009). Presença de *periculum in mora*. Manifestação pelo deferimento da medida cautelar.

Em sessão virtual iniciada em 22/8/2025, a eminente Relatora, Ministra Cármem Lúcia, votou para julgar procedente o pedido, nos seguintes termos:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO DE APRECIAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR EM JULGAMENTO DE MÉRITO. CONHECIMENTO COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE C/C ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PRECEDENTES. DIREITO PENAL MILITAR. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 232 DO CÓDIGO PENAL MILITAR: AUSÊNCIA DE QUALIFICADORAS. NÃO RECEPÇÃO DOS INCS. I A III DO ART. 236 DO CÓDIGO PENAL MILITAR: PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE C/C ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE COM EFICÁCIA EX NUNC. APLICAÇÃO DO CAPUT E DOS §§ 1º A 5º DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL PARA ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO POR MILITAR: PREVISÃO EXPRESSA DO INC. II DO ART. 9º DO CÓDIGO PENAL MILITAR. 1. O processo está instruído nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999. Proposta de conversão da apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito, sem necessidade de novas providências. 2. Conhecimento da demanda como ação direta de inconstitucionalidade c/c arguição de descumprimento de preceito fundamental, por serem impugnados dispositivos legais anteriores e posteriores à Constituição da República. Precedentes. 3. É materialmente inconstitucional o § 3º do art. 232 do Código Penal Militar, pela ausência de previsão legal de qualificadoras para os casos em que o crime de estupro de vulnerável resultar em lesão corporal grave, gravíssima ou morte, acarretando apenamento mais brando que o previsto na legislação comum. Vedação ao princípio da proteção deficiente. 4. É de se reconhecer a não recepção dos incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar, por manterem em vigência presunção

relativa de violência para casos de estupro praticado por militar contra menores de catorze anos e pessoas com deficiência. Previsão incompatível com o Código Penal, no qual a presunção de violência não admite prova em contrário em estupro de vulnerável. Afronta à proibição de retrocesso. 5. Ação direta de inconstitucionalidade c/c arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 232 do Código Penal Militar e a não recepção dos incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar, com eficácia ex nunc a contar da data da publicação da ata de julgamento. 6. Declarada a inconstitucionalidade do § 3º do art. 232 do Código Penal Militar, torna-se ausente a previsão legal do tipo penal de estupro de vulnerável no Código Penal Militar, a partir da publicação da ata deste julgamento. Nos termos do inc. II do art. 9º do Código Penal Militar, na ausência de previsão legal de crime na legislação militar, aplica-se a legislação penal ordinária, em tempos de paz. Passa-se a aplicar ao crime de estupro de vulnerável praticado por militar, portanto, a disciplina normativa prevista no Código Penal sobre o tema, isto é, caput e §§ 1º a 5º do art. 217-A do Código Penal, a partir da publicação da ata deste julgamento (grifei).

Como se vê, a questão jurídica sob exame consiste em determinar (i) a constitucionalidade do marco de penas previsto para o delito de **estupro de vulnerável no Código Penal Militar** (art. 232, § 3º do CPM) — que, mesmo depois da reforma recente promovida pela Lei n. 14.688/2023, **deixou de consagrar um tipo qualificado pelo resultado nessas hipóteses**, e, portanto, pode conduzir a penas menores do que as previstas no Código Penal comum — e (ii) se o art. 236 do CPM, por prever um regime de presunção relativa de violência, teria sido recepcionado pela Constituição de 1988.

Pois bem. Diversamente do posicionamento adotado pela eminente Relator, entendo, respeitosamente, que há três razões para a improcedência dos pedidos veiculados na inicial.

Em primeiro lugar, a premissa da proteção deficiente não se sustenta integralmente, pois a **inexistência de um tipo qualificado não afasta a punição do homicídio ou da lesão corporal**, que permanecem puníveis de forma autônoma, em concurso de crimes. Não há, portanto, uma situação de total desproteção do bem jurídico, conforme pressupõe o princípio da insuficiência em matéria penal.

Em segundo lugar, é possível argumentar que o **art. 236 do Código Penal castrense foi revogado tacitamente** pelo novel art. 232, § 3º, do mesmo Código, o que afasta, na minha compreensão, o argumento de desproteção em relação a ele.

Em terceiro lugar, e mais importante, ainda que a soma ou exasperação das penas nem sempre resulte em sanção equivalente ou superior à prevista no Código Penal comum, a mera desproporção entre as penas do CP e do CPM, por si só, não autoriza a declaração de inconstitucionalidade, sob pena de **violar o princípio da legalidade**.

(i) Como premissa, há que se esclarecer que a inexistência de um tipo de estupro de vulnerável qualificado pelo resultado no Código Penal Militar não deixa a morte ou a lesão corporal impuníveis.

O estupro de vulnerável com resultado morte ou lesão corporal previsto no Código Penal constitui um **delito qualificado pelo resultado**, nos termos do art. 217-A, § 3º e § 4º, c/c art. 19 do CP. Diante disso, **não é possível punir conjuntamente os delitos de homicídio e de lesão corporal** em razão do princípio do *ne bis in idem*.

Assim, considerando que o conteúdo adicional de injusto decorrente do resultado mais grave se esgota no tipo penal qualificado, aplica-se o princípio da especialidade para absorver o delito de homicídio, por exemplo, e permitir apenas a punição pelo delito previsto no art. 217-A, § 4º, do CP (HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no Direito Penal brasileiro contemporâneo. In.:PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião. Direito penal e processual penal contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2019, p. 55).

No Código Penal Militar, por sua vez, a **inexistência desses tipos qualificados nos casos de estupro de vulnerável permite a incidência das regras de concurso de crimes**, devendo-se somar ou exasperar as penas, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Apesar de haver certa controvérsia, parte da doutrina concebe que as modalidades qualificadas do delito de estupro de vulnerável previstas no Código Penal admitiriam tanto o dolo quanto a culpa em relação ao resultado mais grave (como faz parte da doutrina, a exemplo de BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal* . v. 4. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 17; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado* . 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1066). Assim, **em qualquer caso aplicar-se-ia o marco penal de 12 a 30 anos**.

Sob a perspectiva da legislação castrense, por sua vez, **se for o caso de concurso material** (art. 79, CPM) ou **concurso formal impróprio** (art. 79-A, § 1º, CPM) **entre o estupro de vulnerável** (art. 232, § 3º, CPM – 8 a 15 anos) e **o homicídio doloso simples** (art. 205, CPM – 6 a 20 anos), a pena mínima seria, aproximadamente, de 14 anos e a máxima, de 35 anos. Se o **homicídio for qualificado** , o marco penal a ser considerado é de 12 a 30 anos (art. 205, § 2º, CPM). Já se for o caso de **concurso formal de crimes**, a pena mais grave seria exasperada de 1/6 até

**metade** (art. 79-A, CPM).

Se, no entanto, se concebe que o tipo de estupro de vulnerável qualificado pelo resultado seria um delito preterdoloso, a análise da punibilidade do resultado doloso segundo o Código Penal comum seria exatamente igual à da legislação castrense, **diferenciando-se apenas no caso em que o resultado decorre de culpa.**

A potencial diferença um pouco mais significativa de penas reside, portanto, nos casos em que o resultado mais grave deriva de culpa. Nessas situações, a pena do homicídio culposo (art. 206, CPM – 1 a 4 anos) ou do lesão corporal culposa (art. 210, CPM – 2 meses a 1 ano) seriam somadas ou exasperadas, em concurso de crimes com o estupro de vulnerável (art. 232, § 3º, CPM – 8 a 15 anos).

**Com efeito, seria desejável que o legislador tivesse previsto na legislação penal militar, no mínimo, uma simetria de penas com o CP, ou até mesmo sanções mais gravosas para os casos de estupro de vulnerável qualificados pelo resultado, tendo em vista o conteúdo adicional de injusto que se pode depreender da violação dos deveres próprios inerentes à função do militar que figura como sujeito ativo do delito.**

Isso, contudo, **não permite concluir** que a pena atualmente prevista deixe totalmente desprotegidos os bens jurídicos afetados, a ensejar a inconstitucionalidade por violação do princípio da insuficiência, sendo tarefa do legislador a conformação dos marcos penais previstos em ambas as leis.

*(ii) Quanto ao segundo ponto de impugnação, entendo que o art. 236 do CPM foi **tacitamente revogado** pelo novo art. 232, § 3º, do CPM.*

Rememoro o conteúdo dos dispositivos em questão:

Art. 232. (...) § 3º Se a vítima é menor de 14 (quatorze) anos ou, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência: (Incluído pela Lei nº 14.688, de 2023)

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 14.688, de 2023)

(...)

Art. 236. Presume-se a violência, se a vítima:

I - não é maior de quatorze anos, salvo fundada suposição contrária do agente;

II - é doente ou deficiente mental, e o agente conhecia esta circunstância;

III - não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Como se nota, **o novo dispositivo, assim como a legislação penal comum, não permite uma relativização da premissa da incapacidade da vítima**, tendo em vista a menção direta às situações de incapacidade: menor de 14 anos, incapaz por razão de deficiência mental ou momentaneamente incapaz de resistir. Conforme esclarece Guilherme Nucci, “todas as hipóteses de ‘presunção de violência’, devidamente atualizadas, foram incorporadas no referido art. 232” (*Código penal militar comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 350).

Logo, a meu ver, **apesar de não ter revogado expressamente o art. 236 do CPM**, o novo dispositivo é com ele incompatível, havendo uma impossibilidade de coexistência entre os dispositivos por contradição de

conteúdo. Diante disso, entendo que **sequer há necessidade de reconhecer uma assimetria de sanções penais quanto a este ponto.**

(iii) Mesmo que se considere que há uma desproporção de penas entre o CP e o CPM, sobretudo em relação às penas *máximas* e nos casos em que o resultado mais grave deriva de *culpa*, ainda assim a aplicação do princípio da proteção deficiente não me parece ser, com todas as vêrias, adequada neste caso, por **violar o princípio da reserva de lei**.

O **princípio da legalidade**, que em razão da sua especial importância é previsto não apenas no art. 5º, XXXIX, da Constituição, como também nos arts. 1º tanto do CP quanto do CPM, constitui um dos pilares do Direito Penal. Este, que é o princípio de maior tradição nesta seara, tem como função evitar punições arbitrárias, indeterminadas ou retroativas, garantindo previsibilidade e segurança jurídica (ROXIN; GRECO, *Direito Penal*, p. 302).

Um dos corolários desse princípio é a reserva legal, que determina que somente a lei federal escrita, “promulgada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas” (BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 70). Considerando que é tarefa do legislador criar crimes e cominar penas, o controle judicial deve ser *prima facie* deferente às escolhas político-criminais do legislador, em respeito à separação de poderes.

Diante disso, o **princípio da legalidade limita a aplicação do princípio da proteção deficiente no Direito Penal**.

É objeto de questionamento se o princípio da proteção deficiente sequer pode ser aplicado em casos penais. Como esclarecem Claus Roxin e Luís Greco, no precedente paradigmático do Tribunal Constitucional Federal alemão em matéria penal em que esse princípio foi aplicado, de

1974 (BVerfGE 39, 1), argumentou-se que “o legislador não estaria autorizado a renunciar completamente à proteção penal”. Assim, esse raciocínio se aplicaria apenas a casos de “destruição de bens jurídicos fundamentais” não puníveis pela lei, após demonstrada a necessidade de utilização do Direito Penal para protegê-los (ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal* : parte geral. v. 1. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 154).

Admitindo-se a aplicação do princípio no Direito Penal — diante da necessidade de equilibrar a existência de mandados constitucionais de criminalização e o respeito ao princípio da legalidade —, isso somente pode ser admitido em casos de **desproteção do bem jurídico**, o que **não é o caso que se está aqui a julgar**.

Ainda que se considere que o mandado de criminalização contido na Constituição para a proteção de crianças e adolescentes eleva o patamar de exigência em relação à pena a ser aplicada nesses casos, há que se reconhecer que o marco penal estipulado pelo legislador castrense, embora não guarde simetria com o Código Penal comum quanto a resultados gravosos culposos, cumpre de forma suficiente a determinação constitucional prevista no art. 227, § 4º, prevendo sanção severa para a violência sexual praticada contra criança e adolescente.

Com isso, **não se está a sustentar que não se permite a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal, mas que isso a rigor deve ser feito pelo Poder Judiciário para atenuar a situação penal do réu, e não para agravá-la**. Isto é, para aplicar o princípio da proibição do excesso, como ocorreu, por exemplo, no julgamento do RE 979.962, que tratou sobre a inconstitucionalidade das penas excessivamente altas do art. 273, § 1º-B, do CP:

Importação de medicamentos sem registro sanitário (CP, art. 273, 273, § 1º-B, I, do Código Penal). Inconstitucionalidade da pena abstratamente prevista. 1. O art. 273, § 1º-B, do CP, incluído após o “escândalo das pílulas de farinha”, prevê pena de dez a quinze anos de reclusão para quem importar medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária competente. 2. Como decorrência da vedação de penas cruéis e dos princípios da dignidade humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a severidade da sanção deve ser proporcional à gravidade do delito. 3. O estabelecimento dos marcos penais adequados a cada delito é tarefa que envolve complexas análises técnicas e político-criminais que, como regra, competem ao Poder Legislativo. Porém, em casos de gritante desproporcionalidade, e somente nestes casos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para garantir uma sistematicidade mínima do direito penal, de modo que não existam (i) penas exageradamente graves para infrações menos relevantes, quando comparadas com outras claramente mais reprováveis, ou (ii) a previsão da aplicação da mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos. 4. A desproporcionalidade da pena prevista para o delito do art. 273, § 1º-B, do CP, salta aos olhos. A norma pune o comércio de medicamentos sem registro administrativo do mesmo modo que a falsificação desses remédios (CP, art. 273, caput), e mais severamente do que o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33), o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), a extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) e a tortura seguida de morte (Lei nº 9.455/1997, art. 1º, § 3º). 5. Mesmo a punição do delito previsto no art. 273, § 1º-B, do CP com as penas cominadas para o tráfico de drogas, conforme propugnado por alguns Tribunais e juízes, mostra-se inadequada, porque a equiparação mantém, embora em menor intensidade, a desproporcionalidade. 6. Para a punição da conduta do art. 273, § 1º-B, do CP, sequer seria necessária, a meu ver, a aplicação analógica de qualquer norma, já que, com

o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, haveria incidência imediata do tipo penal do contrabando às situações por ele abrangidas. 7. A maioria do Plenário, contudo, entendeu que, como decorrência automática da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, deve incidir o efeito repristinatório sobre o preceito secundário do art. 273, caput, na redação original do Código Penal, que previa pena de 1 a 3 anos de reclusão. 8. Recurso do Ministério Público Federal desprovido. Recurso de Paulo Roberto Pereira parcialmente provido. Tese de julgamento: É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do art. 273, na sua redação originária (RE 979962, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 14/6/2021).

E, ainda que se admita a possibilidade de utilização do princípio da proibição da proteção deficiente para reconhecer a omissão legislativa em relação à criminalização de uma conduta que viola bens jurídicos essenciais, esse raciocínio se aplicaria, a meu ver, às situações em que a omissão legislativa for tão grave que torne inviável a proteção mínima de um direito fundamental.

O mesmo não ocorre nas situações – como as aqui discutidas – em que há a previsão de uma pena suficiente e criada em uma reforma promovida recentemente pelo legislador, ainda que esta pena seja em algumas situações menor do que a prevista pelo Código Penal. Não há, nesse comparativo, uma desproporcionalidade tão severa a ensejar a interferência judicial na escolha do legislador.

Abrir a possibilidade de recorrer ao princípio da proibição da proteção deficiente como instrumento para maximizar a severidade penal pode gerar, respeitando as compreensões em sentido contrário, um risco considerável de arbitrariedade punitiva, porquanto seria possível, em primeiro lugar, dar início a questionamentos variados a respeito das penas de tantos outros delitos previstos na legislação penal, exigindo-se do Poder Judiciário a cominação de penas cada vez mais altas; e, em segundo lugar, questionar a própria pertinência da punibilidade de crimes militares impróprios quando o correspondente no Código Penal cominar pena diversa.

Posto isso, peço as mais respeitosas vêniás à eminente Relatora, Ministra Cármem Lúcia, para divergir e julgar improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.