

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.555 DISTRITO FEDERAL

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

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Nesta ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, a Procuradoria-Geral da República pede *“que se julgue procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 232 do Código Penal Militar, inserido pela Lei 14.688/2023, bem como para que seja declarada a não recepção do art. 236, I a III, do Código Penal [Militar], determinando-se que o crime de estupro de vulnerável, com ou sem resultado lesão corporal grave (ou gravíssima), praticado por militar no exercício de suas funções ou em decorrência delas elou em ambiente sujeito à administração militar, seja tipificado no art. 217-A, § 3º, do Código Penal – para o qual a presunção de violência não admite prova em contrário –, por força da atual redação do art. 9º, II, do Código Penal Militar”* (fl. 24, e-doc. 1).

Como relatado, consta das normas impugnadas no texto atualmente vigente do Código Penal Militar (alterado pela Lei n. 14.688, de 2023):

“Estupro

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:

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

§ 1º Se da conduta resulta lesão de natureza grave, ou se a

vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 10 (dez) anos.

§ 2º Se da conduta resultar morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 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.

I – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Presunção de Violência

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 essa circunstância;

III – não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

No Código Penal brasileiro, tem-se nos arts. 213, 215, 217-A e 218:

“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.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.” (NR)

“Violação sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.”

“CAPÍTULO II

DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

(...)

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

Insurge-se o Procurador-Geral da República “*contra não se haver indicado qualificadora pelo resultado lesão grave ou gravíssima para o tipo penal militar de estupro de vulnerável e por abrigar hipótese de presunção relativa de violência para o crime de estupro de vulnerável*” (fl. 3, e-doc. 30).

Alega ele que, “*ao cominar penas mínima e máxima em abstrato em patamar inferior àquele previsto no art. 217-A, §§ 1º e 3º, do Código Penal para a*

mesma conduta, os dispositivos impugnados violaram os princípios da dignidade humana, da vedação ao retrocesso e da proibição de proteção deficiente, bem como a especial proteção das pessoas com deficiência, das crianças e dos adolescentes, além do mandamento constitucional de punição severa do abuso, da violência e da exploração sexual de criança e adolescente (arts. 1º, III; 5º, LIV; 24, XIV; 227, caput e § 4º, todos da Constituição)” (fl. 3, e-doc. 30).

Sustenta que “a impugnação conjunta do art. 232, § 3º, do CPM, inserido pela Lei 14.688/2023, e do art. 236, I a III, na redação original do CPM, visa a afastar o decréscimo de proteção, sobretudo na faixa de apenamento, ocasionado pela falta de previsão da qualificadora relativa à lesão corporal grave no crime de estupro de vulnerável” (fl. 5, e-doc. 1).

Estes os pedidos formulados na peça inicial da ação:

“a) a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 232 do Código Penal Militar, pois, com a Lei n. 14.688/2023, ao alterar-se o Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.001/1969) para compatibilizá-lo com as atualizações realizadas no Código Penal (Decreto-Lei n. 2.48/1940) e na Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), “deixou de estabelecer, para o tipo penal militar de estupro de vulnerável, a qualificadora pelo resultado lesão grave ou gravíssima”, gerando distorções pelo tratamento penal distinto entre a legislação penal ordinária e a militar (fls. 1-4, e-doc. 1);

b) a não recepção dos incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar, por serem mantidas vigentes, nos casos de estupro de vulnerável, situações de presunção relativa de violência quando o agente tenha fundada suposição de a vítima ter mais de catorze anos ou, tratando-se de pessoa com deficiência, quando o agente não sabia dessa condição. Na legislação ordinária, a presunção de violência para essas hipóteses não admite prova em

contrário (fl. 24, e-doc. 1);

c) para os casos de estupro de vulnerável praticado por militar, que passem a ser aplicados os §§ 1º e 3º do art. 217-A do Código Penal, pois, “com a supressão das normas especiais impugnadas, a conduta repelida passará a atrair a incidência do art. 217-A, §§ 1º a 3º do Código Penal, observando-se que o art. 9º, II, do Código Penal Militar abre ensejo a que se considerem crimes militares, além daqueles definidos no CPM, os previstos na legislação penal ordinária” (fl. 6, e-doc. 30).

Requer medida cautelar, para “determinar a imediata suspensão dos efeitos das normas impugnadas” (fl. 23, e-doc. 1)

2. Instruído o feito nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, é de se cumprir o imperativo constitucional de se garantir a razoável duração do processo, com o conhecimento e julgamento de mérito da ação por este Supremo Tribunal, ausente a necessidade de novas informações. No mesmo sentido são, por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.163, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 1º.3.2013, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.661, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJ 5.10.2020.

Proponho a conversão da análise da medida cautelar requerida em julgamento de mérito da presente ação.

Preliminar de conhecimento

Impugnação de dispositivos legais anteriores e posteriores à Constituição da República em ação direta de inconstitucionalidade

3. A Procuradoria-Geral da República apresentou, nesta ação direta

de inconstitucionalidade, pedidos cumulativos, para *a*) declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 232 do Código Penal Militar, inserido no Código com o advento da Lei n. 14.688/2023, após a vigência da Constituição da República; *b*) não recepção dos incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar, constantes da norma originária de 1969, portanto anteriores à Constituição da República; *c*) incidência dos §§ 1º a 3º do art. 217-A do Código Penal para os casos nos quais aplicáveis as normas especiais suprimidas, como permitido pelo inc. II do art. 9º do Código Penal Militar.

Subsidiariamente, pediu que, *“caso se entenda que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é a via processual adequada para apreciação de pedidos cumulativos de ADI e ADPF, solicita que seja aplicada a fungibilidade entre as ações de controle abstrato, haja vista a presença dos requisitos processuais de ambos os processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade”* (fl. 25, e-doc. 1).

4. Em situações de comprovada necessidade de impugnação conjunta de normas anteriores e posteriores à Constituição da República em controle abstrato de constitucionalidade, firmou-se entendimento neste Supremo Tribunal no sentido de ser processualmente viável a cumulação de pedidos, presentes os requisitos de admissibilidade e demonstrada a relevância da matéria como na espécie vertente, em que se impugnam dispositivos legais sobre o crime de estupro de vulnerável praticado por militar, inseridos em complexo normativo. Assim, por exemplo:

“MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 88/2015. CUMULAÇÃO DE AÇÕES EM PROCESSO OBJETIVO. POSSIBILIDADE. ART. 292 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. (...)”

6. *A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADC é*

processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC, art. 292)” (ADI n. 5.316-MC, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 6.8.2015).

No voto condutor do julgamento, o Relator assentou:

“Assento de plano a admissibilidade da cumulação de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Há ao menos duas razões para esse entendimento. Em primeiro lugar, a cumulação de ações é não só compatível como também adequada à promoção dos fins a que se destina o processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, vocacionado que é à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional” (ADI-MC nº 1.434, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/1996, DJ de 22-11-1996).

(...) Não há nada na noção de ‘processo objetivo’ que seja inconciliável com a cumulação objetiva de demandas de fiscalização abstrata, em particular ADI e ADC. Pelo contrário, a tutela da higidez da ordem constitucional é fortalecida com a possibilidade de conhecimento e julgamento conjunto de ADIs e ADCs relacionadas entre si.

Em segundo lugar, destaco que a cumulação objetiva de demandas consubstancia categoria própria à teoria geral do processo; qualquer processo que seja, independente de adjetivação.

Enquanto instrumento, o processo existe para viabilizar finalidades materiais que lhes são externas. Ora, a cumulação objetiva apenas fortalece tal aptidão na medida em que permite o enfrentamento judicial coerente, célere e eficiente de questões minimamente relacionadas entre si. Não seria legítimo que o processo de controle abstrato fosse diferente.

Há mais. Rejeitar a possibilidade de cumulação de ações – além de carecer de fundamento expresso na Lei nº 9.868/1999 – apenas ensejaria a propositura de uma nova demanda com pedido e

fundamentação idênticos, a ser distribuída por prevenção, como costuma ocorrer em hipóteses de ajuizamento de ADI e ADC em face de um mesmo diploma (cf. ADC nº 27 e ADI nº 4.437, rel. Min. Marco Aurélio; ADC nº 30 e ADI nº 4.578, rel. Min. Luiz Fux; e ADC nº 37 e ADI nº 5.129, rel. Min. Gilmar Mendes).

Além disso, dado que os legitimados para instaurar a jurisdição abstrata são os mesmos agentes listados no art. 103 da CRFB, é possível que, quanto a certo ato normativo, tenham simultaneamente interesses em impugnar algum dispositivo e cancelar outro. Em um contexto como esse, beiraria a irracionalidade exigir, a partir de uma noção vaga como a de ‘processo objetivo’, que as demandas fossem ajuizadas em instrumentos separados, ensejando duplicidade de todo e qualquer ato processual” (ADI n. 5.316-MC, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 6.8.2015).

5. Exigir o ingresso de demandas isoladas para a análise dos dispositivos anteriores (incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar) e posteriores à Constituição da República (§ 3º do art. 232 do Código Penal Militar), em processos autônomos de ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, *“poderia ser ineficaz ou mesmo conduzir a desarticulação e desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporados”* (ADI n. 7.086, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 29.6.2022).

Cindir a análise do tema com fundamento em requisito temporal, considerando a data em que os dispositivos impugnados foram editados, se antes ou depois da Constituição da República, configuraria decisão contrária à racionalidade e à efetividade em relação à higidez do ordenamento jurídico que orienta e fundamenta a jurisdição constitucional.

6. Sobre a possibilidade de cumulação objetiva de demandas em

fiscalização abstrata, objetivando o julgamento conjunto de normas anteriores e posteriores à Constituição da República, este Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de admiti-lo para a efetividade de julgamento do mesmo complexo normativo. Confirmam-se, por exemplo, os seguintes julgados:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL CONHECIDA PARCIALMENTE COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, 3º, 8º-A E 8º-B DA LEI 6.739/1979. ATRIBUIÇÃO LEGAL CONFERIDA AO CORREGEDOR GERAL DE JUSTIÇA PARA DECLARAR A INEXISTÊNCIA E CANCELAR A MATRÍCULA E O REGISTRO DE IMÓVEIS RURAIS. TERRAS PÚBLICAS. ALEGADA VIOLAÇÃO À RESERVA DE JURISDIÇÃO, AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO DIREITO DE PROPRIEDADE, À SEGURANÇA JURÍDICA E À PROPORCIONALIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. (...)”

6. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental parcialmente conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade e julgadas improcedentes” (ADPF n. 1.056, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 7.12.2023).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. PRELIMINAR. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. INCLUSÃO DE NORMAS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO. EFEITO REPRISTINATÓRIO INDESEJADO. POSSIBILIDADE. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. NORMAS DESVINCULADAS. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO DO COMPLEXO NORMATIVO. ART. 88 DA

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. ÓRGÃO DE ASSESSORIA JURÍDICA. PRINCÍPIO DA UNICIDADE. ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO. ART. 69 DO ADCT. RECEPÇÃO.

1. Preliminarmente, embora o pedido inicial refira-se à integralidade do artigo 88, a própria impugnação sequer se refere ao parágrafo único, que trata da assessoria jurídica junto à Assembleia Legislativa. Ausente impugnação específica, o pedido não deve ser conhecido quanto ao referido parágrafo.

2. Ainda que se entenda necessária apenas a impugnação das normas posteriores à Constituição, não é vedada a inclusão das anteriores por precaução do requerente, a fim de evitar o efeito repristinatório indesejado. Precedente” (ADI n. 6.500, Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe 8.5.2023).

“DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS ESTADUAIS QUE DISPÕEM SOBRE A CRIAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E DESMEMBRAMENTO DE MUNICÍPIOS. (...)

3. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal exige a impugnação da cadeia de normas revogadoras e revogadas até o advento da Constituição de 1988, porquanto o controle abstrato de constitucionalidade abrange tão somente o direito pós-constitucional. Nada obstante, esta Corte admite o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade nos casos em que o autor, por precaução, inclui, em seu pedido, também a declaração de revogação de normas anteriores à vigência do novo parâmetro constitucional” (ADI n. 4.711, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, DJe 16.9.2021).

7. Tem-se que o julgamento do conjunto normativo impugnado neste processo mostra-se a medida mais adequada, por fundamentar-se na

harmonia do sistema constitucional e na manutenção da integridade do sistema jurídico nacional, que, na presente ação, é a compatibilização entre a legislação penal comum e a penal militar sobre o crime de estupro de vulnerável.

Assim, a prestação da jurisdição constitucional será mais efetiva com a análise conjunta dos dispositivos do Código Penal Militar posteriores (§ 3º do art. 232) e anteriores (incs. I a III do art. 236) à Constituição da República.

Nesses termos, conheço da presente ação como:

a) ação direta de inconstitucionalidade na parte em que se impugna dispositivo editado após a Constituição da República: § 3º do art. 232 do Código Penal Militar; e

b) arguição de descumprimento de preceito fundamental em relação aos dispositivos pré-constitucionais impugnados: incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar.

Do mérito

8. Na presente ação direta de inconstitucionalidade c/c arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Procuradoria-Geral da República pede a declaração de inconstitucionalidade material do § 3º do art. 232 (inserido no Código Penal Militar pela Lei n. 14.688/2023) e a declaração de não recepção dos incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar.

Em relação à inconstitucionalidade material, a Procuradoria-Geral da República assinala que, ao modificar o Decreto-Lei n. 1.001, de 21.10.1969, para compatibilizá-lo com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 2.848, de 7.12.1940 (Código Penal), e com a Lei n. 8.072, de 25.7.1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei n. 14.688, de 20.9.2023 não

estabeleceu, como seria imprescindível para a integridade do sistema, para o tipo penal militar de estupro de vulnerável, a qualificadora pelo resultado lesão grave ou gravíssima.

Acrescenta que, quanto ao art. 236 do Código Penal Militar, sem alteração desde a edição do Decreto-Lei n. 1.001 em 1969, permanece vigente a presunção relativa de violência para crimes militares cometidos contra vítimas menores de catorze anos e pessoas com deficiência, em patente afronta a direitos fundamentais dos vulneráveis e em cenário de incompatibilidade com o Código Penal, para o qual a presunção de violência contra vulneráveis não admite prova em contrário.

A Procuradoria-Geral da República sustenta que *“as normas questionadas violam 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)”*, pelo que deveriam ser declaradas inconstitucionais (§ 3º do art. 232 do Código Penal Militar) e não recepcionadas (incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar).

9. Tem-se que a manutenção dos preceitos primários e secundários das normas como aprovadas e em vigência norteia o ordenamento jurídico, pois a Constituição da República confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais a serem tutelados e avaliar as medidas adequadas e necessárias à efetiva proteção desses bens (HC n. 102.087, Relator o Ministro Celso de Mello, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJe 21.8.2013).

O controle judicial de constitucionalidade de leis penais e de política criminal pelo Supremo Tribunal Federal dá-se para que a Constituição mantenha-se íntegra a partir de seus princípios, que não podem ser

descumpridos, especialmente em casos nos quais se demonstre desproporcionalidade e contrariedade às normas protetivas dos direitos postos como essenciais à higidez e efetividade do ordenamento jurídico, e em situações de afronta a dispositivos constitucionais, conforme aponta a autora da presente ação.

Para justificar a necessidade de fiscalização abstrata dos dispositivos legais do Código Penal Militar impugnados, a Procuradoria-Geral da República alega que *“no crime militar de estupro de vulnerável há de se levar em conta, além da dignidade sexual, (...) os vetores constitucionais da disciplina e hierarquia, visto que é inconcebível imaginar que um militar, no exercício de suas funções ou em razão desta, pratique crime contra a liberdade sexual de outro militar ou em ambiente sujeito à administração militar, ainda mais quando perpetrado contra menores de 14 anos ou contra pessoa com deficiência ou que, por qualquer razão, seja incapaz de discernir/consentir com o ato ou de oferecer resistência à violência sexual”* (fl. 9, e-doc.1).

Ressalta que *“essa circunstância, todavia, mesmo na esfera política de definição dos tipos penais e sanções correspondentes não pode servir de fundamento para a redução do apenamento aos militares que pratiquem a conduta penal. Isso por que, a reprovabilidade da conduta de ofender a dignidade sexual do indivíduo é agravada pela condição de ser praticada por militar contra militar em ambiente castrense regido pela disciplina e hierarquia, e não o contrário. Admitir redução do patamar de reprovabilidade da conduta no campo penal militar significa reconhecer o déficit de proteção e consequente retrocesso dos patamares já existentes no sistema penal brasileiro para o crime de estupro de vulnerável”* (fl. 9, e-doc. 25)

10. Na espécie, os dispositivos legais do Código Penal Militar impugnados dotam-se das características da abstração, generalidade e impessoalidade, atraindo a jurisdição deste Supremo Tribunal para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade, nos termos da al. a

do inc. I e do § 1º do art. 102 da Constituição da República.

Demonstrado que as medidas legislativas questionadas transbordam os limites impostos pela Constituição, tendo como parâmetros o princípio da proporcionalidade como proibição de retrocesso e como proibição de proteção deficiente, pertinente e necessário é o controle de constitucionalidade a ser exercido por este Supremo Tribunal (HC n. 102.087, Relator o Ministro Celso de Mello, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJe 21.8.2013).

Da vedação ao retrocesso social e da proibição de proteção deficiente

11. O princípio da proibição de retrocesso social é acolhido, no constitucionalismo contemporâneo, como marco impeditivo de recuo a momentos anteriores às conquistas civilizatórias, especialmente aquelas que respeitem os direitos humanos. Gomes Canotilho leciona que por esse princípio se impede que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado por medidas legislativas seja aniquilado, diminuído ou dificultado por medidas estatais que recuem nos avanços humanitários:

“O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (‘lei da seguridade social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo

essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (cf. Ac. 509/2002, DR, I 12/2/2003)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 339-340).

Este Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de ser vedado o retrocesso social, especialmente em tema de direitos fundamentais. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.096, o Ministro Celso de Mello anotou:

“Para além de todas as observações que venho de fazer, há a considerar, ainda, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora em julgamento.

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de carácter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, ‘Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais’, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, ‘Direito Constitucional e Teoria da Constituição’, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, ‘Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha’, p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET “Algumas considerações em torno do conteúdo , eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, “in ” Interesse Público, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, ‘O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso’, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão

negativa pertinente aos direitos sociais, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos, degradados ou suprimidos” (ADI n. 2.096, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJe 13.10.2020).

Confiram-se também, por exemplo, os seguintes julgados:

“Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hétero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a ‘inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico’, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais

em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002” (RE n. 646.721, Relator o Ministro Marco Aurélio, Redator para acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, DJe 11.9.2017).

“CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO (CF, ART. 21, XIX). AFRONTA AO ART. 225, § 1º, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. PROCEDÊNCIA. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. Ao disciplinar regra de dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos, o art. 18, § 5º, da Lei 11.612/2009 do Estado da Bahia, com a redação dada pela Lei 12.377/2011, usurpa a competência da União, prevista no art. 21, XIX, da Constituição Federal, para definir critérios na matéria. 3. A dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos para perfuração de poços tubulares afronta a incumbência do poder público de controlar o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (CF, art. 225, § 1º, V). 4. Os arts. 19, VI, e 46, XI, XVIII e XXI, da lei atacada dispensam a manifestação prévia dos Comitês de Bacia Hidrográfica para a atuação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos – CONERH, o que reduz a participação da coletividade na gestão dos recursos hídricos, contrariando o princípio democrático (CF, art. 1º). Da mesma maneira, o art. 21 da lei impugnada suprime

condicionantes à outorga preventiva de uso de recursos hídricos, resultantes de participação popular. Ferimento ao princípio democrático e ao princípio da vedação do retrocesso social. 5. Medida Cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI n. 5.016, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 29.10.2018).

12. A análise da questão assim posta impõe o exame e a verificação, em cada caso, da existência de duas dimensões do princípio da proporcionalidade: a primeira, denominada de proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a segunda, nomeada como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

O critério de proporcionalidade para aferição da validade constitucional de uma norma afirma-se, no direito constitucional, pela absorção da ideia essencial de que os direitos fundamentais não apresentam apenas dimensão subjetiva negativa, consolidando-se em sua concepção objetiva. Bens jurídicos dotados de essencialidade civilizatória e construída como aquisição de condições de dignidade de vida e dos valores a serem juridicamente protegidos não podem submeter-se ou a serem validados em situação de por-se em perigo de retroceder para deixá-los ao desabrigo do que foi conquistado e posto nos sistemas de direitos.

Há o dever estatal de protegerem-se os valores, princípios e regras conformadores dos direitos e das garantias fundamentais, tutelando-os em toda a sua extensão e possibilidade.

Pela proporcionalidade se afere a constitucionalidade da atuação estatal em seu desempenho imperativo de proteger e promover as condições socio-políticas e econômicas garantidoras da efetividade jurídica e social dos direitos fundamentais, seja não os observando-os,

seja atuando de forma deficiente em toda a projeção jurídica necessária a que sejam eles observados, respeitados e cumpridos em sua dimensão mais geral e abrangente.

Sobre essa dupla dimensão do princípio da proporcionalidade, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, o Ministro Gilmar Mendes anotou:

“No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violara o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo e inferior ao grau de satisfação em que não se realiza o direito fundamental à proteção” (DJe 28.5.2010).

O princípio da proibição de proteção deficiente tem sido utilizado por este Supremo Tribunal como fundamento para conferir interpretação normativa apta a possibilitar a efetivação de direitos fundamentais insuficientemente protegidos. Assim, por exemplo:

“Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo,

o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: 'No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002'' (RE n. 878.694, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, DJe 6.2.2018).

“REFERENDO DE MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. IMPUGNAÇÃO DE COMPLEXO NORMATIVO QUE INCLUI ATO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO. FUNGIBILIDADE. ADPF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REQUISITOS PRESENTES. CONHECIMENTO. PROBABILIDADE DO DIREITO. PROTEÇÃO DEFICIENTE. OMISSÃO PARCIAL. MÃES E BEBÊS QUE NECESSITAM DE INTERNAÇÃO PROLONGADA. NECESSIDADE DE EXTENSÃO DO PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE PAGAMENTO DE SALÁRIO-MATERNIDADE NO PERÍODO DE 120 DIAS POSTERIOR À ALTA. PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA COMO DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS. ABSOLUTA PRIORIDADE DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA. ALTA HOSPITALAR QUE INAUGURA O PERÍODO PROTETIVO. 1.

Preliminarmente, assento, pela fungibilidade, o conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que impugnado complexo normativo que inclui ato anterior à Constituição e presentes os requisitos para a sua propositura. 2. Margem de normatividade a ser conformada pelo julgador dentro dos limites constitucionais que ganha relevância no tocante à efetivação dos direitos sociais, que exigem, para a concretização da igualdade, uma prestação positiva do Estado, material e normativa. Possibilidade de conformação diante da proteção deficiente. Precedente RE 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016. 3. O reconhecimento da qualidade de preceito fundamental derivada dos dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção à maternidade e à infância como direitos sociais fundamentais (art. 6º) e a absoluta prioridade dos direitos da crianças, sobressaindo, no caso, o direito à vida e à convivência familiar (art. 227), qualifica o regime de proteção desses direitos. 4. Além disso, o bloco de constitucionalidade amplia o sistema de proteção desses direitos: artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), Objetivos 3.1 e 3.2 da Agenda ODS 2030 e Estatuto da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), que alterou a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), a fim de incluir no artigo 8º, que assegurava o atendimento pré e perinatal, também o atendimento pós-natal. Marco legal que minudencia as preocupações concernentes à alta hospitalar responsável, ao estado puerperal, à amamentação, ao desenvolvimento infantil, à criação de vínculos afetivos, evidenciando a proteção qualificada da primeira infância e, em especial, do período gestacional e pós-natal, reconhecida por esta Suprema Corte no julgamento do HC coletivo das mães e gestantes presas (HC 143641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018). 5. É indisputável que essa importância seja ainda maior em relação a bebês que, após um período de internação, obtêm alta, algumas vezes contando com já alguns meses de vida, mas nem sempre sequer com o peso de um bebê

recém-nascido a termo, demandando cuidados especiais em relação a sua imunidade e desenvolvimento. A alta é, então, o momento aguardado e celebrado e é esta data, afinal, que inaugura o período abrangido pela proteção constitucional à maternidade, à infância e à convivência familiar. 6. Omissão inconstitucional relativa nos dispositivos impugnados, uma vez que as crianças ou suas mães que são internadas após o parto são desigualmente privadas do período destinado à sua convivência inicial. 7. Premissas que devem orientar a interpretação do art. 7º, XVIII, da Constituição, que prevê o direito dos trabalhadores à “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.” Logo, os cento e vinte dias devem ser considerados com vistas a efetivar a convivência familiar, fundada especialmente na unidade do binômio materno-infantil. 8. O perigo de dano irreparável reside na inexorabilidade e urgência da vida. A cada dia, findam-se licenças-maternidade que deveriam ser estendidas se contadas a partir da alta, com o respectivo pagamento previdenciário do salário-maternidade, de modo a permitir que a licença à gestante tenha, de fato, o período de duração de 120 dias previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição. 9. Presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, defiro a liminar, a fim de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, §1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei n.º 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto n.º 3.048/99), e assim assentar (com fundamento no bloco constitucional e convencional de normas protetivas constante das razões sistemáticas antes explicitadas) a necessidade de prorrogar o benefício, bem como considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Decreto n.º 3.048/99” (ADI n. 6.327-MC, Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe 19.6.2020).

integração social das pessoas com deficiência e mandamento constitucional de punição severa do abuso, da violência e da exploração sexual infringidos

13. O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inc. III do art. 1º da Constituição da República, consubstancia substrato no qual se estruturam os direitos fundamentais constitucionalmente previstos em nosso ordenamento jurídico.

Em obra doutrinária, anotei:

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana comparece no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988, de maneira inédita, uma vez que nos textos constitucionais que a antecederam não havia menção àquele princípio.

Ali, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil.

A expressão daquele princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.

Este princípio vincula e obriga todas as ações políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e suas opções.

De se observar que aquele princípio é conjugado com o da cidadania, o que evita que o individualismo seja tomado de maneira exacerbada, conduzindo a uma condição social no qual se infirmem os interesses e bens de toda a coletividade. A afirmação da cidadania ao

lado do princípio da dignidade da pessoa humana impede que se pense o sistema como uma ilusão perigosa no sentido de ser embaraço à liberdade política democrática que há de ser estendida ao todo e não a apenas uma parcela da sociedade. De outra parte, também impõe que os caprichos individuais não segreguem grupos ou pessoas e que os grandes debates não percam a dimensão da humanidade que está em cada um como representação do todo.

Daí a importância de se interpretarem os princípios contidos no art. 3º da Constituição da República brasileira acoplados àqueles do art. 1º, inclusive ao da dignidade da pessoa humana, de que eles são emanção e complementação, porque impeditivos do pensamento individualista que conduziria aos perigos de retorno ao exagero interpretativo que poderia findar por impedir a plena concretização daquele princípio ao invés de aperfeiçoá-lo em sua dimensão mais humana e integral para todos os homens que compõem a sociedade” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social.” In Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. v. 2, n. 2, 2001).

É imprescindível a interpretação da proteção integral da criança e do adolescente e da especial proteção à pessoa com deficiência acopladas à dignidade da pessoa humana, de que são decorrentes e complementares.

14. Nos arts. 227 a 230 da Constituição da República, prevê-se a tutela das pessoas com vulnerabilidades, garantindo-se-lhes proteção especial em razão de suas fragilidades. Por isso, a criança, o adolescente, a pessoa com deficiência e o idoso recebem proteção diferenciada, como configuração específica dos direitos fundamentais previstos para a pessoa humana de maneira geral.

A tutela da pessoa vulnerável há de ser observada em todas as circunstâncias, mas principalmente nas relações de natureza existencial,

para que haja *“tutela específica (concreta) de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de contingência (...), como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana”* (BARBOZA, H. H. *“O princípio do melhor interesse do idoso.”* In OLIVEIRA, G.; PEREIRA, T. S. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66).

15. Na Constituição da República, fixou-se a proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente, cujas garantias têm sido reiteradamente positivadas em nossa legislação, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e da promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.170/1990).

O princípio da dignidade da pessoa humana foi especialmente cuidado relativamente à criança e ao adolescente no *caput* do art. 227 da Constituição da República, ao prever-se ser *“dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”*.

Assim, crianças e adolescentes têm dignidade assegurada não apenas de forma geral no art. 1º da Constituição da República, mas de forma específica naquele dispositivo, em coerência com as exigências de sua condição, que ditam a integral eficiência e proteção dos valores constitucionalmente aproveitados.

Com base no princípio da dignidade humana, outros direitos fundamentais são dirigidos especificamente a crianças e adolescentes e remetem-se à ideia de proteção e desenvolvimento da pessoa humana,

pelo que *“representam mais do que uma função limitativa de poder, pois constituem critério de legitimação do poder estatal e, por conseguinte, da ordem constitucional, uma vez que o poder apenas se justifica pela realização dos direitos do homem. Eles ultrapassaram os limites funcionais que outrora lhes foram designados, de defesa da liberdade individual, passando a integrar um sistema axiológico que atue como fundamento material de todo o ordenamento jurídico”* (SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 65-66).

No dever de se conferir integral cumprimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, corolário da doutrina da proteção integral, enfatiza-se nas normas vigentes que jovens e crianças têm direitos específicos a serem protegidos, garantidos pelo art. 6º da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

16. O dever de proteção é social, titularizando-o o Estado, a família e a sociedade. E configura fórmula para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana na infância e na juventude.

Para assegurar a efetividade da proteção especial à criança e ao adolescente, pessoas em desenvolvimento, resguardados o princípio do melhor interesse e a doutrina da proteção integral, na Constituição da República, determinou-se especial preocupação com os casos de abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes, pelo que previsto, no § 4º do art. 227, mandado expresso de punição severa: *“a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”*.

No mesmo sentido, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em reconhecer ao Poder Público a obrigação de proteger crianças e adolescentes contra toda forma de violência, crueldade e opressão. Assim, por exemplo:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO OU À EXPLORAÇÃO SEXUAL ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009. APLICABILIDADE DO ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE, INDEPENDENTEMENTE DA HABITUALIDADE DA CONDUTA. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. VEDAÇÃO A TODAS AS FORMAS DE VIOLÊNCIA, EXPLORAÇÃO OU ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. A Declaração dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas (1989), promulgada em âmbito interno pelo Decreto 99.710/1990, inauguraram a doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, que passaram a ser entendidos como sujeitos de direitos. 2. A Constituição Federal de 1988 internalizou a proteção integral dos menores nos seguintes moldes: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 3. O termo submeter, previsto no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como sinônimos dominar, subjugar, sujeitar, controlar, subordinar. Dessa forma, no contexto da prostituição, aquele que pratica a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com crianças e adolescentes, está sujeitando-os à prostituição ou à exploração sexual. 4. Assim, não comete o crime apenas aquele que controla ou se beneficia financeiramente da prostituição de menores, mas também aquele que pratica o ato sexual com estes mediante pagamento em dinheiro ou qualquer outra vantagem. Logo, a conduta de quem praticou o ato sexual no contexto da prostituição, antes da vigência da Lei 12.015/2009, insere-se no tipo penal do art. 244-A do ECA. 5. A Lei 12.015/2009, ao introduzir

o art. 218-B, § 2º, II, do Código Penal, apenas discriminou e trouxe mais clareza à conduta criminosa que já era tipificada no art. 244-A do ECA, deixando mais evidente a proibição de praticar conjunção carnal com menores no contexto da prostituição ou da exploração sexual. 6. Por outro lado, consuma o crime do art. 244-A do ECA aquele que mantém conjunção carnal com menores mediante pagamento, independentemente da habitualidade da conduta. Mesmo que o agente tenha uma única relação com menores prostituídas, o delito já estará consumado. 7. Essa construção jurisprudencial que tolera crimes sexuais praticados contra menores, pelo fato de ser não habitual, vai na contramão da doutrina protetiva, violando o princípio da dignidade humana da pessoa em desenvolvimento. 8. O cliente, ocasional ou não, que manteve relações sexuais com adolescentes, no contexto da prostituição, antes do advento da Lei 12.015/2009, praticou o crime do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. 9. Agravo Regimental a que se dá provimento para dar provimento ao Recurso Extraordinário, para denegar a ordem de Habeas Corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça, mantendo o acórdão condenatório do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná” (RE n. 1.363.134-AgR, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 22.11.2023).

Historicamente, tem-se que essa foi a diretriz utilizada por este Supremo Tribunal ao julgar o *Habeas Corpus* n. 70.389 em 23.6.1994, Relator o Ministro Sydney Sanches e Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, em que se declarou a constitucionalidade da tipificação do crime de tortura contra criança e adolescente, prevista no art. 233 da Lei n. 8.069/1990. Então, este Supremo Tribunal Federal concluiu que “o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, in fine)”.

No cenário internacional, o comando de punição estatal para os atos de afronta à dignidade e liberdade sexuais e à integridade corporal e psíquica de crianças e adolescentes tem previsão no art. 19 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/1990):

“Artigo 19 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. 2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária”.

17. A proteção e integração social das pessoas com deficiência estão previstas no inc. XIV do art. 24 da Constituição da República. Por se tratarem as pessoas com deficiência de indivíduos vulneráveis e que demandam especial atenção do Estado, da família e da sociedade, aplicam-se os mesmos parâmetros de proteção constitucionalmente previstos para crianças e adolescentes, dispostos no art. 227 da Constituição da República.

A incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao ordenamento constitucional, primeiro tratado internacional aprovado segundo o rito legislativo previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República e internalizado pelo Decreto Presidencial n. 6.949/2009, reforça o compromisso internacional assumido pelo Brasil

na defesa dos direitos e garantias das pessoas com deficiência.

Essa convenção “entrou em vigor no Brasil em 25 de agosto de 2009, por meio do Decreto 6.949/2009, cujo objetivo foi o de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Em seu art. 4º prevê salvaguardas por parte dos Estados Partes no sentido de assegurar o respeito aos direitos, a vontade e as preferências da pessoa, devem ser isentas de conflitos de interesses e de influências indevidas” (RE n. 918.315, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, 17.3.2023).

No art. 16 da Convenção, reforça-se o mandamento constitucional de punição severa do abuso, da violência e da exploração sexual de vulneráveis: *“os Estados Partes adotarão leis e políticas efetivas, inclusive legislação e políticas voltadas para mulheres e crianças, a fim de assegurar que os casos de exploração, violência e abuso contra pessoas com deficiência sejam identificados, e caso necessário, julgados”.*

Assim, os Estados signatários obrigam-se a *“adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção”* (art. 4º, a), de forma que ações ou omissões do Poder Público não podem justificar afronta às diretrizes e garantias constitucionais estabelecidas para a proteção da pessoa com deficiência (RE n. 1.237.867, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 12.1.2023).

18. Na espécie, tem-se estatuto constitucional com mandados de proteção de bens jurídicos e mandados de criminalização específicos, especialmente destinados à imediata proteção de crianças, adolescentes e pessoas com deficiência vítimas de abusos, violência e exploração sexual.

Vitimização secundária e ofensa a direitos fundamentais

19. Na presente ação direta de inconstitucionalidade c/c arguição de descumprimento de preceito fundamental, impugna-se o tratamento diferenciado que crianças, adolescentes e pessoas com vulnerabilidades recebem pelo Código Penal Militar e pela legislação penal ordinária, quando vítimas de estupro.

A necessidade de compreensão do conceito de vítima e de sua dimensão como sujeito de direitos motivou a Assembleia-Geral das Nações Unidas a aprovar, em 29.11.1985, a Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e Abuso de Poder. Nela se consideram vítimas *“as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder”*.

Os estudos em criminologia passaram a dar maior atenção à vítima, para garantir sua proteção individual e social, pelo que desenvolvida ciência específica para a busca do diagnóstico e da terapêutica do crime, denominada vitimologia.

Ao contextualizar o desenvolvimento histórico desse conceito, David Augusto Fernandes explica:

“O termo vitimologia deriva etimologicamente da palavra latina vitima e da raiz grega logos. Foi primeiramente empregado por Beniamim Mendelsohn, professor em Jerusalém, na sua obra The origins of the Doctrine of Victimology, obra pioneira de sua autoria. Contudo, o precursor deste estudo foi Hans Von Hentig, com a obra The Criminal and his Victim, mencionado pelo próprio Mendelsohn

em sua obra Vitimologia, que publica The Criminal and his Victim em 1948 pela Universidade de Yale.

Com o trabalho de Von Hentig, vários criminalistas passaram a se interessar também pelo assunto, dando origem a inúmeros trabalhos, ressaltando que foi Von Hentig que inaugurou o estudo específico do assunto. Assim é que se verifica também a participação de Henry Ellenberger, citado por Mendelsonhn, que fez interessante trabalho de classificação das vítimas, contribuindo com o estudo sobre as relações psicológicas entre o criminoso e sua vítima.

O que Mendelsohn denomina de vitimologia, conforme exposto na Conferência em Bucareste, em 1947, quando apresentou o trabalho 'Um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a vitimologia', Von Hentig denominou de 'vitimogênese', como a origem da 'vitimidade'. Já em 1961 Jiménez de Asúa em La llamada victimologia, também se ocupa com esta temática e intitula um ensaio com pequena variante na denominação: victimiologia" (FERNANDES, David Augusto. Direitos Humanos e Vitimologia: Uma nova postura da vítima no direito penal. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 64, pp. 379-411, jan./jun. 2014).

José Osnir Fiorelli e Rosana Mangini, por exemplo, definem vitimologia como "a ciência que estuda a vítima sob os pontos de vista psicológico e social, na busca do diagnóstico e da terapêutica do crime, bem como da proteção individual e geral da vítima. Tem por objetivo estabelecer o nexo existente na dupla penal, o que determinou a aproximação entre a vítima e delinquente, a permanência e a evolução desse estado".

Nos estudos atuais sobre vitimologia, apresentam-se três graus de vitimização: primária, secundária e terciária. Antonio Beristain, por exemplo, define a vitimização secundária como "os sofrimentos que às vítimas, às testemunhas e majoritariamente aos sujeitos passivos de um delito lhes impõem as instituições mais ou menos diretamente encarregadas de fazer 'justiça': policiais, juízes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições

penitenciárias, etc.” (BERISTAIN, Antonio. Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia. Tradução: Cândido Furtado Maia Neto. 1. ed. Brasília: UnB, 2000, p. 105).

A vitimização secundária é a revitimização do agredido pelo sistema constitucionalmente estabelecido para defendê-lo do agressor, o que pode ocorrer no curso do processo judicial, quando constatada a prática de violência processual pelos atores processuais.

Heitor Moreira de Oliveira sustenta:

“(...) a revitimização decorrente da violência processual advém, essencialmente, do ranço histórico que insiste em perpetuar uma cultura na qual os operadores do direito enxergam as vítimas e as testemunhas como meros objetos de prova, e não como pessoas humanas portadoras de dignidade e que trazem consigo uma bagagem de traumas, medos, angústias, aflições, sentimentos, etc. Com efeito, a vitimização secundária ‘advém de uma equivocada abordagem realizada para comprovar o fato criminoso’ (PÖTTER, 2019, p. 106), que é fruto da incompreensão de alguns operadores do direito acerca do processo penal, com o uso de meios probatórios inquisitoriais que, ao fim e ao cabo, infringem direitos fundamentais das vítimas” (A vedação à violência institucional e a revitimização no curso do processo: comentários à Lei n. 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer). Revista de Vitimologia e Justiça Restaurativa – Ano I – Vol. II – Jul. 2023).

No crime de estupro praticado contra vulneráveis, a vitimização secundária pode manifestar-se pelo sofrimento causado às vítimas em decorrência do tratamento diferenciado dispensado pelo ordenamento jurídico aos agressores para fatos idênticos, aplicando-se penas mais ou menos brandas, a depender de se tratar o agente da violência sexual de civil ou militar.

Na forma da legislação penal hoje vigente, para o mesmo crime de estupro contra vulnerável, sendo o agressor militar recebe punição menos severa que o agressor civil. Esse fenômeno afronta os interesses de crianças, adolescentes e pessoas com deficiência vítimas de crimes sexuais praticados por militares, configurando-se quadro de revitimização ocasionada pela manutenção e aplicação de dispositivos legais com foco exclusivo no agente causador da violência.

Ao julgar o *Habeas Corpus* n. 172.313/MT, o Ministro Luís Roberto Barroso assentou sobre a cautela a ser dispensada pelo julgador às vítimas de crimes sexuais:

“(...) deve ser levado em consideração, também, a situação vivenciada, em regra, por qualquer vítima de crimes sexuais que, além de sofrer as consequências diretas da conduta por parte do abusador [vitimização primária], é ainda levada a uma Delegacia de Polícia para registrar a ocorrência; passa por exame de corpo de delito para atestar as lesões sofridas; e, posteriormente, deve ser ouvida em juízo, ficando a disposição do Estado para que o crime perpetrado contra sua pessoa seja investigado e o autor dos fatos punido [vitimização secundária], isso sem contar que ela igualmente é vítima de preconceito no meio social e da própria família em decorrência da estigmatização trazida pelo tipo de crime que lhe foi praticado [vitimização terciária], restando claro, portanto, que a acusação e a retratação devem ser vistas com bastante cautela pelo magistrado que presidir esse tipo de ação penal” (HC n. 172.313, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, decisão monocrática, DJe 13.6.2019).

Inconstitucionalidade (§ 3º do art. 232) e não recepção (incs. I a III do art. 236) de dispositivos legais do Código Penal Militar

20. No quadro normativo descrito, há de se ter como requisito a se cumprir no Estado brasileiro, a necessidade de se coibir a vitimização secundária nos crimes contra a dignidade sexual de crianças, adolescentes

e pessoas com vulnerabilidade. Assim, buscando adequar o Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.001/1969) aos ditames da Constituição da República, às disposições do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940) e à Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 14.688/2023, originária do Projeto de Lei n. 9.432/2017.

As modificações trazidas pela nova lei buscaram promover a atualização do Código Penal Militar às leis penais comum e especiais vigentes, inclusive com a correção de nomenclaturas já ultrapassadas pelo tempo. Entre as modificações tem-se o que posto no art. 232 e parágrafos, normas questionadas nesta ação direta de inconstitucionalidade c/c arguição de descumprimento de preceito fundamental, na qual se impugnam, ainda, dispositivos legais anteriores à Constituição da República e ainda vigentes no Código Penal Militar, a exemplo do art. 236 e incisos.

Na justificação apresentada no Projeto de Lei n. 9.432/2017, tem-se que, *“no tocante à parte especial do CPM, tivemos a preocupação de adequar os crimes em tempo de paz com os tipos existentes no Código Penal comum, fazendo modificações em relação aos elementos normativos de alguns tipos, qualificadoras e causa de aumento de pena, a exemplo dos delitos de homicídio, estupro e lesão corporal e, ainda, os delitos envolvendo substância entorpecente”*.

Embora a intenção do legislador tenha sido expressamente compatibilizar o Código Penal Militar ao Código Penal, ao tratar do crime de estupro de vulnerável, foi ele inserido no § 3º do art. 232 do Código Penal Militar, enquanto, no Código Penal, o crime é previsto como tipo penal autônomo no art. 217-A. Em ambos os casos (*caput* do art. 217-A do Código Penal e § 3º do art. 232 do Código Penal Militar), a faixa de apenamento foi compatibilizada, sendo a pena abstrata prevista de oito a quinze anos de reclusão.

Com a alteração normativa operada pela Lei n. 14.688/2023 no Código Penal Militar, a qualificadora para o crime de estupro de vulnerável que resulte lesão corporal de natureza grave, gravíssima ou morte, previstas nos §§ 3º e 4º do art. 217-A do Código Penal, não foram reproduzidas na legislação castrense.

Assim, para casos de estupro de vulnerável que resultem em lesão corporal de natureza grave, gravíssima ou morte praticados por militar, tem-se lacuna no Código Penal Militar, pois ausente previsão de apenamento. Essa omissão na legislação militar gera assimetria objetiva de proteção comparada à legislação comum, como acentuado pela Procuradoria-Geral da República, nestes termos:

“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” (fl. 4, e-doc. 1).

21. Do cotejo entre o Código Penal e o Código Penal Militar, alterado pela Lei n. 14.688/2023, constata-se que o legislador militar não observou o princípio da proporcionalidade, especialmente sob a perspectiva da vedação ao retrocesso e da proibição da proteção insuficiente do bem jurídico tutelado.

22. Tem-se na legislação militar atual quanto ao crime de estupro de vulnerável:

a) ausência de previsão legal de qualificadora se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, gravíssima ou morte, aplicando-se, para

estupro de vulnerável praticado por militar, com ou sem qualificadora, a pena prevista no § 3º do artigo 232: reclusão de oito a quinze anos.

Na legislação ordinária, se o mesmo crime é praticado por civil, no qual da conduta resulte lesão corporal grave/gravíssima, tem-se a aplicação da pena nos termos do § 3º do art. 217-A do Código Penal (reclusão de dez a vinte anos). Se da conduta resulta morte, o § 4º do art. 217-A prevê pena de reclusão de doze a trinta anos.

b) prevalecem vigentes no Código Penal Militar as hipóteses de presunção relativa de violência em relação às vítimas de estupro de vulnerável (incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar), enquanto no Código Penal a presunção de violência contra criança, adolescente e pessoa com deficiência não admite prova em sentido contrário.

Consequência de manutenção do art. 236 do Código Penal Militar: possível combinação do § 1º do art. 232 (lesão corporal grave em estupro de não vulneráveis) com os incs. I a III do art. 236 (presunção relativa de violência em casos de vítimas vulneráveis), para suprir a ausência de previsão de qualificadoras para o crime de estupro de vulnerável pelo Código Penal Militar.

Ter-se-ia, na hipótese, previsão de pena em abstrato de reclusão de oito a doze anos, como previsto no preceito secundário do § 1º do art. 232, tratando-se de pena ainda mais branda do que a atual, apontada como inconstitucional e prevista no § 3º do art. 232 do Código Penal Militar para o tipo simples (sem qualificadora): reclusão de oito a quinze anos.

A ausência de previsão de qualificadora por lesão corporal de natureza grave (§ 3º do art. 232 do Código Militar) e a permanência de presunção relativa de violência em casos de estupro de vulnerável praticados por militares (incs. I a III do art. 236 do Código Militar)

desrespeitam direitos fundamentais de crianças, adolescentes e pessoas com deficiência, notadamente o direito à dignidade humana (inc. III do art. 1º da Constituição da República) e o dever estatal de proteção integral e especial (*caput* do art. 227 e inc. XIV do art. 24 da Constituição da República), além de transgredir o mandamento constitucional de punição severa ao abuso, à violência e à exploração sexual de crianças e adolescentes (§ 4º do art. 227 da Constituição da República).

23. Policiais e bombeiros militares, integrantes das Forças Armadas, sujeitam-se a regime jurídico próprio, em razão da singularidade e da relevância, ao serem constitucionalmente destinados à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e à guarda da lei e da ordem. Constituem forças auxiliares e reserva do Exército, sendo responsáveis, com as polícias civis, pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, inclusive mediante o uso da força, se necessário. Organizam-se com base nos princípios da hierarquia e disciplina, *“precisamente para que possam desempenhar, de forma expedita e rigorosa, o delicado múnus público que lhes é cometido”* (arts. 42, 142 e 144 da Constituição da República) (ADI n. 6.595, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 5.8.2022).

Por se tratar de carreira singular e com atribuições específicas e desempenhadas com exclusividade, pelo princípio da especialidade, justifica-se a existência de legislação própria para os militares, como ocorre com o Código Penal Militar, sendo legítimas, se necessárias, limitações. Este Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“(...) as limitações impostas aos servidores militares visam a atender à supremacia do bem coletivo em detrimento de interesses particulares, até pela força, se necessário. Essa é a razão pela qual o eixo estruturante do regime especial a que estão submetidos os servidores militares leva em conta a natureza peculiar de suas

atribuições, o qual gira em torno da subordinação hierárquica e da submissão disciplinar aos respectivos comandantes. Essas características têm por finalidade a salvaguarda de valores basilares da vida castrense, dentre os quais avulta o pronto e estrito cumprimento das missões que lhes são cometidas, sem quaisquer desvios ou tergiversações, sobretudo considerada a potencial letalidade de suas ações, que cresce exponencialmente quando executadas fora dos lindes da legalidade” (ADI n. 6.595, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 5.8.2022).

24. O crime de estupro de vulnerável praticado por militar classifica-se por crime militar impróprio, ou seja, ofende a segurança e a organização do Estado e a dignidade sexual de crianças, adolescentes e pessoas com deficiência, bem jurídico igualmente protegido pela legislação comum.

O crime de estupro nada tem a ver com a condição da pessoa, sua profissão, ocupação ou atuação funcional. E por não se tratar de crime militar próprio, a previsão legislativa coerente para a preservação de valores inerentes à ética militar seria de penas em abstrato ainda maiores que as previstas ao civil, não menores ou não previstas, como ocorre no Código Penal Militar vigente, ao silenciar sobre qualificadora específica para o tipo penal militar de estupro de vulnerável com resultado lesão grave, gravíssima ou morte ou admitir presunção relativa de violência se o crime é praticado contra menores de catorze anos ou pessoas com deficiência.

Espera-se do militar, por integrar instituição com pilares na hierarquia e disciplina e destinar-se à garantia da ordem e da lei (art. 142 da Constituição da República), plena, eficaz e imediata proteção de todas as pessoas, especialmente de crianças, adolescentes e pessoas com deficiência, como sujeitos de direitos para os quais a Constituição da

República prevê proteção especial decorrente de suas vulnerabilidades.

Assim, a circunstância de o estupro de vulnerável ser praticado por militar no exercício das funções ou em decorrência delas, e/ou em ambiente sujeito à administração militar, além de vilipendiar a dignidade sexual da vítima, afronta os princípios e valores da instituição a que ele se integra.

Como assentado pela Advocacia-Geral da União, “*não há sequer a necessidade de recorrer ao mecanismo da ponderação de interesses para solucionar a presente controvérsia, visto que as disposições impugnadas não refletem qualquer tensão normativa entre direitos fundamentais. Inexiste, em suma, efetivo conflito entre normas constitucionais – quais sejam, entre os princípios basilares da ética militar e os direitos à dignidade e à liberdade sexuais das pessoas vulneráveis – muito embora seja evidente que o enfraquecimento da tutela penal desses direitos fundamentais, voltados à proteção de crianças, adolescentes e deficientes, viola frontalmente o texto constitucional*” (fl. 20, e-doc. 27).

25. Pelo exposto, tem-se na espécie que

a) o abrandamento punitivo do crime militar de estupro de vulnerável que resulte em lesão corporal grave ou gravíssima (§ 3º do art. 232 do Código Penal Militar: reclusão de oito a quinze anos) ou morte (§ 4º do art. 232 do Código Penal Militar: reclusão de doze a trinta anos), sem a previsão expressa de qualificadoras no Código Penal Militar, mostra-se inconstitucional por ser insuficiente a proteção oferecida e que é devida aos direitos fundamentais à dignidade sexual e à integridade corporal e psíquica de crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. São, portanto, incompatíveis com o mandado de criminalização estabelecido no § 4º do art. 227 da Constituição da República e com os mandados de proteção dos direitos de crianças, adolescentes e pessoas

com deficiência, previstos na Declaração Universal dos Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/1990) e no art. 16 da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto n. 6.949/2009);

b) a manutenção da hipótese de presunção relativa de violência para vítimas menores de catorze anos ou pessoas com deficiência no Código Penal Militar (incs. I a III do art. 236) pode levar a nova inconstitucionalidade decorrente da equivocada combinação do crime de estupro praticado por militar contra vítimas não vulneráveis (§ 1º do art. 232) com as hipóteses de presunção relativa de violência para vítimas vulneráveis (incs. I a III do art. 236), ensejando a aplicação da pena em abstrato de oito a doze anos prevista no § 1º do art. 232, a qual é ainda menor do que a hoje trazida no § 3º do art. 232 (oito a quinze anos).

Em cotejo com a legislação penal comum, tem-se para o mesmo crime praticado por civil a previsão de pena de reclusão de dez a vinte anos (§ 3º do art. 217-A do Código Penal), configurando-se discrepância nas faixas de apenamento que não se justifica pelo princípio da proporcionalidade ou da especialidade do Direito Militar, não se compatibilizando com os pilares da hierarquia e da disciplina militares.

26. Por serem os incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar dispositivos pré-constitucionais, cuja manutenção em vigência ensejaria abrandamento ainda maior da pena de estupro de vulnerável praticado por militar que resulte em lesão corporal grave ou gravíssima (§ 1º do art. 232 c/c art. 236), o pedido de não recepção do art. 236 e incisos cumpre os requisitos para seu atendimento.

27. A declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 232 do Código Penal Militar, em primeiro momento, poderia ensejar a equivocada interpretação de que o crime de estupro de vulnerável praticado por militar, com ou sem a previsão de qualificadoras, tornar-se-

ia atípico, pois passaria a não ser mais previsto como tipo penal no Código Penal Militar.

Entretanto, no inc. II do art. 9º do Código Militar, prevê-se expressamente que, na ausência de previsão legal de crime na legislação militar, aplica-se a legislação penal ordinária, em tempos de paz: *“Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal”*.

Assim, por expressa determinação do inc. II do art. 9º do Código Penal Militar, passa-se a aplicar, necessariamente, ao tipo penal de estupro de vulnerável praticado por militar toda a disciplina normativa prevista no Código Penal para o crime de estupro de vulnerável praticado por civis, nos termos do *caput* e dos §§ 1º a 5º do art. 217-A do Código Penal, até que novas alterações no Código Penal Militar sejam realizadas pelo legislador.

28. Portanto, patenteada a afronta ao princípio da dignidade humana (inc. III do art. 1º da Constituição da República); à especial proteção da pessoa com deficiência (inc. XIV do art. 24 da Constituição da República e art. 16 da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência); à proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente (*caput* do art. 227 da Constituição da República e art. 19 da Convenção sobre os Direitos da Criança) e ao mandado de criminalização para punição severa do abuso, da violência e da exploração sexual de criança e adolescente (§ 4º do art. 227 da Constituição da República e Declaração Universal dos Direitos da Criança), o controle abstrato de constitucionalidade por este Supremo Tribunal é medida que se impõe.

Pelo quadro demonstrado de retrocesso social da legislação penal militar em cotejo com a ordinária, em relação ao crime de estupro de vulnerável praticado por militar no exercício de suas funções ou em

decorrência dela e/ou em lugar sujeito à administração militar, somada à proteção insuficiente de crianças, adolescentes e pessoas com deficiência vítimas de estupro, **é de se reconhecer a necessidade de adequação do Código Penal Militar ao Código Penal, com a declaração de inconstitucionalidade no § 3º do art. 232 do Código Penal Militar e a não recepção dos incs. I a III do art. 236 do Código Penal Militar.**

Este o resultado que se teria na interpretação e aplicação da legislação militar com o julgamento da presente ação:

29. O conjunto de normas questionadas na presente ação tem natureza penal e reintroduz o cenário de maior rigor ao apenamento comparado buscado pelo legislador brasileiro aos dispositivos agora afastados do Código Penal Militar. Nesse contexto, o inc. XL do art. 5º da Constituição da República tem previsão expressa de que *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*.

Considerando-se a vigência dos incs. I a III do art. 236 por mais de cinquenta anos, desde a entrada em vigor do Código Penal Militar em 1º.1.1970 e do § 3º do art. 232, incluído no Código em 20.9.2023 pela Lei n. 14.688 de 20.9.2023, **proponho, consideradas as circunstâncias fáticas e as repercussões jurídicas e sociais, a modulação de efeitos do julgado em atendimento aos princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse público, por ser adequado ao processo em julgamento.**

Voto no sentido de serem atribuídos efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade e à não recepção dos dispositivos objeto desta ação direta de inconstitucionalidade c/c com arguição de descumprimento de preceito fundamental a contar da publicação da ata de julgamento, com fundamento no art. 11 da Lei n. 9.882/1999 e no art. 27 da Lei n. 9.868/1999. Ficam resguardados, assim, todos os atos e

julgados havidos sob a égide dos dispositivos legais impugnados, mantidos os efeitos produzidos até a presente decisão.

30. Pelo exposto, voto no sentido de

a) converter o exame da medida cautelar em julgamento de mérito;

b) julgar procedente o pedido exposto na presente ação direta, declarando-se a inconstitucionalidade do § 3º do art. 232 do Código Penal Militar, incluído pela Lei n. 14.688/2023, com eficácia *ex nunc* a contar da data da publicação da ata de julgamento;

c) julgar procedente o pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental, para declarar 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;

d) aplicar ao crime de estupro de vulnerável praticado por militar no exercício de suas funções ou em decorrência dela e/ou em lugar sujeito à administração militar, após a publicação da ata deste julgamento, toda a disciplina normativa prevista no Código Penal para o crime de estupro de vulnerável praticado por civis, tratando-se do *caput* e dos §§ 1º a 5º do 217-A do Código Penal, por expressa determinação do inc. II do art. 9º do Código Penal Militar, no qual consta que, na ausência de previsão legal de crime na legislação militar, aplica-se a legislação penal ordinária em tempos de paz.