



A Adequação da Pena do Crime de Estupro de Vulnerável à Luz do Princípio da Proporcionalidade

The Adequacy of the Penalty of the Crime of Rape of Vulnerable in the Light of the Principle of Proportionality

La Adecuación de la Pena del Delito de Violación de Vulnerable a la Luz del Principio de Proporcionalidade

*Aline de Oliveira Miguel¹, Lorena Alcântara da Silva², Agílio Tomaz Marques³
Carla Rocha Pordeus⁴, Hugo Sarmiento Gatelha⁵, Rosana Santos de Almeida⁶, Mateus
Ferreira de Almeida Lima⁷ e Karla Camilla do Nascimento Oliveira⁸*

RESUMO: A presente pesquisa teve por objetivo fazer uma análise à luz do princípio da proporcionalidade sobre a adequação da pena do crime de estupro de vulnerável em face das distintas espécies de condutas presente no art. 217-A, inserido pela Lei 12.015/2009. A presença de núcleos diferentes no mesmo tipo penal acabou por gerar reprimendas equânimes a condutas que possuem intensidades diferentes. Dito isto, para dar embasamento ao objetivo do trabalho um levantamento bibliográfico foi realizado na intenção de analisar artigos de periódicos, monografias, dissertações, teses, bem como decisões jurisprudenciais que tratam da temática. Primeiramente, foram analisadas as principais alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009. Em seguida, foi apresentado o conceito de atos libidinosos e sua aplicação na legislação pátria e internacional. Por fim, adentrou-se nos principais aspectos do princípio da proporcionalidade e sua relação com o direito penal. Foi demonstrando que este princípio tem o condão de evitar o excesso punitivo e responsabilidades penais injustas sem, contudo, deixar de conferir à proteção adequada ao bem jurídico tutelado.

Palavras-chave: Estupro; Princípio; Proporcionalidade; Vulnerabilidade.

ABSTRACT: This research aimed to carry out an analysis in the light of the principle of proportionality on the adequacy of the penalty for the crime of rape of a vulnerable person in the face of the different types of conduct present in art. 217-A, inserted by Law 12.015/2009. The presence of different nuclei in the same penal type ended up generating equitable reprimands for behaviors that have different intensities. That said, to support the objective of the work, a bibliographical survey was carried out with the intention of analyzing journal articles, monographs, dissertations, theses, as well as jurisprudential decisions that deal with the subject. First, the main changes promoted by Law No. 12,015/2009 were analyzed. Then, the concept of libidinous acts and its application in national and international legislation was presented. Finally, the main aspects of the principle of proportionality and its relationship with criminal law were explored. It was demonstrated that this principle has the power to avoid punitive excess and unfair criminal responsibilities without, however, failing to provide adequate protection to the protected legal interest.

Key-words: Rape; Principle; Proportionality; Vulnerability.

RESUMEN: La presente investigación tuvo como objetivo analizar, a la luz del principio de proporcionalidad, la adecuación de la pena para el delito de violación de persona vulnerable en vista de los diferentes tipos de conducta presentes en el art. 217-A, insertado por la Ley 12.015/2009. La presencia de diferentes núcleos en el mismo tipo penal terminó generando reprimendas equitativas para conductas que tienen diferentes intensidades. Dicho esto,

¹Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande;

²Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande;

³Doutorando pela Universidade Federal de Campina Grande;

⁴Professora e Mestra pela Universidade Federal de Campina Grande;

⁵Doutorando pela Universidade de Marília;

⁶Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande;

⁷Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande;

⁸Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande.

para apoyar el objetivo del trabajo, se realizó un relevamiento bibliográfico con la intención de analizar artículos de revistas, monografías, disertaciones, tesis, así como decisiones jurisprudenciales que abordan el tema. En primer lugar, se analizaron los principales cambios promovidos por la Ley n° 12.015/2009. A continuación, se presentó el concepto de acto libidinoso y su aplicación en la legislación nacional e internacional. Por último, se analizaron los principales aspectos del principio de proporcionalidad y su relación con el derecho penal. Se demostró que este principio tiene el poder de evitar el exceso punitivo y la responsabilidad penal injusta sin, por ello, dejar de dar una protección adecuada al bien jurídico protegido.

Palabras-llave: Violación; Principio; Proporcionalidad; Vulnerabilidad.

INTRODUÇÃO

No Brasil, quando o assunto é a violação da dignidade sexual, os dados são realmente preocupantes. De acordo com um estudo feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), estima-se que por ano ocorrem cerca de 822 mil casos de estupro no país. Desse número, as principais vítimas são crianças e adolescentes, com pico de idade aos 13 anos.

A ocorrência de crimes dessa natureza, por si só, causa repugnância, principalmente quando é praticado contra menores. A própria Constituição Federal, demonstra sua total intolerância contra atos de conotação sexual, e preceitua, em seu art. 227, §4º, que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Em obediência ao mandamento constitucional, o Código Penal foi alterado, por meio da Lei n° 12.015/2009, com a inclusão do art. 217-A, no qual tipifica como crime de estupro de vulnerável a prática de ter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com vulneráveis menor de 14 anos. Além disso, no mesmo artigo, especificamente no §1º, essa condição de vulnerabilidade fora estendida para pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, não possuem o necessário discernimento para a prática do ato, ou ainda no caso de não puderem oferecer resistência.

Contudo, por não haver distinção entre os tipos de condutas, ou seja, entre quem efetivamente mantém conjunção carnal e quem pratica atos libidinosos diversos, mesmo os atos não invasivos, ou ainda aqueles em que se quer há toques, como a contemplação lascívia, pode configurar o crime em questão.

A criação do art. 217-A engessou casos distintos ao não considerar a proporcionalidade das condutas. Desse modo, culminou em dar tratamento igualitário a condutas totalmente desiguais ensejando responsabilidades penais desproporcionais e violadoras de direitos também fundamentais.

Embora seja louvável a preocupação do legislador em proteger a dignidade sexual, haja vista os dados acerca dos crimes dessa natureza, é certo que na criação do tipo penal deve haver

um equilíbrio entre a proteção e o excesso, de modo a ser considerada a gravidade da conduta delitiva e a resposta penal aplicada (GAMBOGI, 2012).

Mediante isto, o presente artigo tem como objetivo principal fazer uma análise, à luz do princípio da proporcionalidade, sobre a adequação da pena do crime de estupro de vulnerável, em face das distintas espécies de condutas presente no tipo penal.

Nesse sentido, o procedimento técnico empregado para viabilizar a pesquisa será por meio de levantamento bibliográfico tais quais artigos de periódicos, teses e dissertações, bem como decisões jurisprudenciais que englobam esse assunto.

Concomitante as lacunas de informações sobre a temática e como esta chama atenção tanto em relação a tutela conferida a dignidade sexual, bem como a resposta estatal dada a quem lesiona o tipo penal, o trabalho torna-se, portanto, relevante para somar na construção de conhecimento e ampliar a discussão aberta e harmônica sobre o tema.

A CRIAÇÃO DO ART. 217-A E O BEM JURÍDICO TUTELADO

No que concerne aos crimes sexuais, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, promoveu reformas significativas no Código Penal, uma vez que além de possibilitar mudanças no ordenamento jurídico, demonstrou também a mudança de paradigma dogmático no sistema penal em relação aos crimes sexuais (NASCIMENTO, 2013).

A primeira modificação pertinente consistiu na alteração da nomenclatura. Extinguiu-se a ultrapassada ideia de “Crimes contra os Costumes” e passou a ser adotada a denominação: “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Determinadas condutas, que claramente violavam a dignidade humana, eram encaradas como simples violação de costumes. Isso porque o bem jurídico protegido era a moralidade pública (FAVORETTO, 2011).

Desse modo, a nova definição possibilitou a adoção de um conceito mais adequado e coerente com a própria Constituição Federal, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (FAVORETTO, 2011). A Lei Penal deixou de ser usada como meio para impor formas de condutas consideradas morais ou éticas, e passou a tutelar efetivamente um bem jurídico: a dignidade sexual da pessoa (BASSO, 2012).

Sobre a nova definição dada ao Título VI do Código Penal, relevante mencionar o que descreve o professor Greco (2011) que o nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois que, através de uma interpretação sistêmica, que leva em consideração a situação topográfica do artigo, ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade

da proteção legal, se pode concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, de forma mais segura o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas. A título de exemplo, veja-se o que ocorre com o crime de estupro, que se encontra no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se percebe, a finalidade do tipo penal é a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual.

Outra grande modificação consistiu na criação do art. 217-A. O tipo penal descreve que a prática de ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável, cuja pena é de reclusão, de 8 a 15 anos. O crime se consuma, ainda que não haja violência ou grave ameaça. Além disso, conforme o §5º do mesmo artigo, independe do consentimento da vítima ou do fato desta já ter mantido relação sexuais anteriormente ao crime.

A necessidade criar mecanismos para reforçar a proteção conferida à dignidade de crianças e adolescentes surgiu em meio a notícias de redes de pedofilia e corrupção de menores no território brasileiro. Tal situação ensejou a criação de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para averiguar tais casos, o que culminou na real urgência de ampliar a proteção aos infantis (SOUSA, 2021).

Nesse sentido, com a criação do artigo em estudo foi encerrado o debate acerca da presunção de violência, relativa ou absoluta, prevista no revogado art. 224 do Código Penal. A redação do novo tipo penal deixou explícita a proibição de praticar atos libidinosos, seja qual for, com menores de 14 anos. O objetivo da lei foi atender o comando constitucional de acabar com práticas como a prostituição e a violência sexual infantil, (FAVORETTO, 2011).

Entretanto, o legislador, ignorando o grau de intensidade das condutas, atribuiu a situações específicas e distintas ele quantitativo penal, de 8 a 15 anos. Assim sendo, a conduta de quem pratica atos libidinosos com menor de 14 anos, seja com ou sem conjunção carnal, subsuma-se ao mesmo tipo penal: art. 217-A.

Embora em ambos os comportamentos mencionados estejam presentes a violação ao bem jurídico tutelado, isto é, a dignidade sexual, a inovação legislativa, ao desconsiderar a graduação das condutas de menor e maior gravidade, acabou por violar princípios constitucionais igualmente protegidos (GAMBOGI, 2012).

O CONCEITO DE ATOS LIBIDINOSOS

Como visto, o crime de estupro de vulnerável é tipo penal misto alternativo, uma vez que é composto por dois núcleos: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso”. Assim, o crime consuma-se com a prática de qualquer dessas condutas em face de pessoas vulneráveis.

Em relação ao primeiro núcleo, a conotação sexual constitui-se com efetiva cópula pênis-vagina. Enquanto o ato libidinoso não invasivo, conforme explica Schuch (2015), é todo ato que de alguma forma satisfaça um desejo sexual do agente, o que o torna muito mais abrangente. Assim, condutas em que há ou não o toque íntimo pode estar no rol do que seja ato libidinoso. Acerca de tais condutas, a Suprema Corte já firmou entendimento que o agente que com dolo de cunho sexual toca seios, coxas ou genitálias de infantis, comete o crime de estupro de vulnerável. Vejamos:

O agente que passa as mãos nas coxas e seios da vítima menor de 14 anos, por dentro de sua roupa, pratica, em tese, o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Não importa que tenha havido penetração vaginal (conjunção carnal). STF. 1ª Turma. RHC 133121/DF, rel. orig. Min Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin julgado em 30/08/2016. (*grifo nosso*)
(...) Para que o crime seja considerado consumado, não é indispensável que o ato libidinoso praticado seja invasivo (introdução do membro viril nas cavidades da vítima). Logo, **toques íntimos podem servir para consumir o delito**. STJ. 6ª Turma. REsp 1309394-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 05/02/2015. (*grifo nosso*)

Além disso, condutas em que se quer há toques também podem configurar o ato libidinoso e, portanto, ensejar a responsabilidade penal. Nesse sentido foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. Segundo a posição majoritária na doutrina, **a simples contemplação lasciva já configura o “ato libidinoso” descrito nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido**. STJ. 5ª Turma. RHC 70976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016. (*grifo nosso*)

Em relação à prática de tais atos libidinosos não invasivos, durante muito tempo, nos diversos tribunais do país, muitos julgados se valiam de princípios constitucionais para desclassificar o crime de estupro de vulnerável para outro tipo penal. A decisão se valia do entendimento de que a conduta libidinoso diversa da conjunção carnal não se mostrava proporcional à pena cominada ao crime de estupro de vulnerável (LINS, 2018). Contudo, tal questão já fora pacificada pelos Tribunais Superiores, que assim manifestaram:

Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP). STJ. 3ª Seção. REsp 1.959.697-SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 08/06/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1121) (grifo nosso)

Não é possível a desclassificação da figura do estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o crime do art. 215-A do CP (importunação sexual). Isso porque o tipo penal do art. 215-A é praticado sem violência ou grave ameaça e o delito do art. 217-A inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos. STJ. 3ª Seção. AgRg na RvCr 4.969/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 26/06/2019. (grifo nosso)

Dá análise dos julgados, percebe-se que há um engessamento quanto ao tratamento dado a conceito de atos libidinosos, não havendo, com isso, a possibilidade de fazer uma avaliação dos casos à luz de princípios que norteiam o Código Penal. Enquanto há quem defenda essa impossibilidade de fazer distinção entre os núcleos presentes no tipo penal, outros pontuam que é imposto quantitativo penal grave para atos que não comportam o mesmo patamar de agressividade física (LINS, 2018).

A distinção de atos libidinosos na legislação internacional

Em que pese o ato de quem estupidamente deixa aflorar sua libido em um infante ou outro vulnerável, é certo que é desproporcional inferir a mesma pena para condutas que guardam diferentes graus de ofensa ao bem jurídico. Em muitos países esse critério de distinção entre as condutas é observado na criação dos tipos penais em face às formas de lesão à bem jurídica dignidade sexual.

Nesse sentido, Gambogi (2012) pontua que legislação penal brasileira é extremamente desproporcional quando comparada a alienígena. Explica a autora que em países como Alemanha, Espanha e Argentina há a previsão de condutas menos graves e mais graves, tanto em relação ao estupro realizado entre pessoas maiores de idade quanto em relação àquelas cujas vítimas são crianças e adolescentes. De todo modo, quanto às diferentes condutas existem tipos penais distintos, pois aplicam a proporcionalidade como índice limitador do quantum penal. Os atos libidinosos sem penetração física, por exemplo, configuram condutas de menor gravidade (GAMBOGI, 2012).

Além disso, na legislação britânica também ocorre a distinção entre os atos em que há penetração e aqueles em que há apenas toques sexuais (SCHUCH, 2015).

A Legislação pátria, de modo diverso, não faz distinção entre as condutas de maior e menor gravidade, como no caso da contemplação lascívia em que se quer há toques íntimos, impondo ainda pena elevadíssima, de 8 a 15 anos. Tal pena é ainda superior a crimes que envolvem grave violência, como o homicídio simples (pena mínima de 6 anos) e a lesão corporal seguida de morte (pena mínima de 4 anos).

Apesar da divergência entre os direitos fundamentais igualmente tutelados, Gambogi (2012) explica que a dignidade sexual é espécie do gênero dignidade da pessoa humana, e que este está acima daquele. Inverter tal hierarquia seria desvirtuar o real valor da pessoa humana. Disso parte o entendimento de que o réu tem o direito de ser responsabilizado na proporção do delito que fora cometido. Até porque, acentua a pesquisadora, uma pena quando é proporcional tem a mesma aptidão de justiça, sem amenizar a tutela da bem jurídica dignidade sexual. (GAMBOGI, 2012).

Acerca disso, já antecipando a discussão sobre o princípio da proporcionalidade, relevante mencionar o entendimento de Dobrianskyj (2009), que considera que tal princípio não deve ser visto como mero meio de interpretação constitucional, e sim com um dos mais importantes no Ordenamento Jurídico, uma vez que lhe serve de orientação e visa garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito ao evitar a violação de um direito fundamental quando em divergência com outro.

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é um princípio intrínseco ao Estado de Direito, não estando de forma expressa no texto constitucional, mas fazendo parte da sua natureza e essência. É um princípio implícito que decorre da própria estrutura e lógica do Estado de Direito. Ele está relacionado à ideia de equilíbrio, razoabilidade e harmonização de interesses em um sistema jurídico (MARTINS, 2020).

A Constituição Federal de 1988 prevê um amplo rol de direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º. Esses direitos são fundamentais para a consolidação do Estado Democrático de Direito e devem ser interpretados e aplicados de forma coerente com os princípios constitucionais, incluindo o princípio da proporcionalidade.

Exemplo disso é o que dispõe o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, na qual garante o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. A aplicação desse direito deve ser proporcional, considerando-se a necessidade de preservação desses valores e os limites impostos em cada situação.

No inciso XI do mesmo artigo, é assegurado o direito à inviolabilidade do domicílio. A restrição a esse direito só pode ocorrer em situações devidamente fundamentadas e proporcionais, como em casos de flagrante delito ou por determinação judicial. Ademais, no inciso XLVI do artigo 5º, a Constituição veda penas cruéis, desumanas ou degradantes. Esse dispositivo também tem relação com o princípio da proporcionalidade, exigindo que as penas aplicadas sejam proporcionais à gravidade do delito, evitando-se excessos ou tratamentos desumanos.

Embora a Constituição não expresse de forma específica o princípio da proporcionalidade, sua aplicação é uma consequência lógica dos princípios e direitos fundamentais nela estabelecidos. Esse princípio é reconhecido e aplicado tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina como um elemento fundamental para a interpretação e aplicação coerente do ordenamento jurídico.

Segundo Dworkin (2007), o princípio da proporcionalidade refere-se a um critério utilizado para avaliar a validade de restrições ou limitações impostas pelo Estado aos direitos individuais. Esse princípio estabelece que as restrições devem ser proporcionais e equilibradas em relação ao objetivo legítimo buscado pelo Estado. Nesse sentido, autor argumenta que o princípio em comento possui três componentes essenciais: adequação, necessidade e proporcionalidade.

Sobre a adequação (ou racionalidade) pontua que a restrição imposta pelo Estado deve ser adequada e ter uma relação lógica com o objetivo perseguido, de modo que deve haver uma conexão razoável entre a restrição e o propósito legítimo.

Em relação a necessidade demonstra que a restrição deve ser necessária, ou seja, não pode haver uma alternativa menos intrusiva para alcançar o mesmo objetivo legítimo. O Estado deve demonstrar que não existe outra medida menos restritiva disponível.

No que concerne a proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação de interesses) explica que a restrição não deve ser desproporcionalmente prejudicial em relação ao benefício alcançado, a medida não deve ser excessivamente onerosa ou desproporcional em relação aos benefícios esperados. O Estado deve equilibrar os interesses em jogo e garantir que os benefícios superem os danos causados pela restrição.

Esses componentes do princípio da proporcionalidade são utilizados para garantir que as intervenções estatais nos direitos individuais sejam justificadas, proporcionais e limitadas ao necessário para a consecução dos objetivos legítimos do Estado. Assim, o princípio da proporcionalidade exige que o Estado leve em consideração a relação entre meios e fins ao tomar decisões que afetam os direitos e interesses dos indivíduos, buscando encontrar um

equilíbrio justo entre a busca de objetivos legítimos e a proteção dos direitos individuais (DWORKIN, 2007).

Ademais, de acordo com o ministro Luiz Roberto Barroso (2009), o princípio da proporcionalidade é um importante instrumento para a proteção dos direitos fundamentais, pois permite que o Estado restrinja esses direitos apenas quando estritamente necessário e de forma proporcional sempre com objetivos legítimos.

O ministro disserta sobre um subprincípio da proporcionalidade, sendo a proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de proporcionalidade *stricto sensu*, exige que os benefícios alcançados pela medida sejam proporcionais aos ônus ou restrições impostas aos direitos fundamentais. Isso implica que a restrição aos direitos deve ser justificada por uma razão suficientemente relevante e os benefícios esperados devem superar as desvantagens impostas (BARROSO, 2009).

Por fim, no âmbito internacional, o princípio da proporcionalidade é reconhecido como um princípio fundamental de direitos humanos e está presente em diversos tratados e convenções internacionais. Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 8º, que toda pessoa tem direito a um recurso efetivo perante os tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais. A aplicação desse direito requer a observância do princípio da proporcionalidade na tomada de decisões judiciais.

DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

O princípio da proporcionalidade e a proibição do excesso estão intimamente relacionados, sendo a proibição do excesso é um dos aspectos do princípio da proporcionalidade, atuando como um limitador da atuação estatal, pois exige que as medidas restritivas adotadas pelo Estado sejam proporcionais aos objetivos pretendidos. De acordo com essa análise, as medidas restritivas não devem ultrapassar os limites da necessidade, ou seja, não devem ser excessivamente invasivas ou onerosas, visando sempre garantir os direitos individuais protegidos pela Constituição. (FELDENS, 2008)

Para o jurista a proibição do excesso é um corolário do princípio da proporcionalidade e indica que as restrições impostas pelo Estado não devem ultrapassar os limites necessários e proporcionais para atingir um fim legítimo, sendo o Estado responsável por buscar um equilíbrio entre a promoção de seus interesses e a proteção dos direitos individuais, evitando medidas excessivas ou desnecessariamente severas. (FELDENS, 2008)

Quanto à proibição de proteção deficiente, Ingo Wolfgang Sarlet (2008), afirma que a proibição da proteção deficiente é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Ele enfatiza que o Estado possui o dever de assegurar a proteção efetiva dos direitos fundamentais, não podendo falhar nessa obrigação, e deve adotar medidas apropriadas para garantir a plena concretização desses direitos. Sendo assim, essa proibição implica que o Estado não pode falhar na sua obrigação de garantir a efetividade e a proteção dos direitos fundamentais, punindo de forma adequada e correta os transgressores das normas jurídicas.

Para mais, esse conceito está relacionado à ideia de que os direitos fundamentais não devem ser apenas declarados formalmente, mas devem ser efetivamente protegidos e exercidos pelos cidadãos, sendo a proibição de proteção deficiente uma proibição constitucional que impede o Estado de fornecer uma tutela de proteção abaixo de um nível mínimo exigido para determinados direitos fundamentais (FELDENS, 2008).

A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL

Para Masson (2019), renomado jurista brasileiro, a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria penal está presente em várias dimensões, tanto no momento em que é analisado se a conduta criminosa prevista em lei é adequada para atingir o objetivo de proteger um bem jurídico, como também quando é avaliado se a criminalização e a imposição de sanções penais são necessárias para alcançar a finalidade almejada.

Pontua o doutrinador que deve haver uma correspondência entre a conduta proibida e o bem jurídico tutelado, de modo a garantir a efetividade da norma penal e ainda deve verificar se não existem medidas menos restritivas que possam alcançar o mesmo fim almejado pela norma.

Nesse sentido, no contexto penal, o princípio da proporcionalidade visa garantir que as medidas restritivas e punitivas impostas pelo Estado sejam proporcionais à gravidade da conduta criminosa e aos fins pretendidos pela pena. Ele atua como um critério de limitação e controle do exercício do poder punitivo estatal. Ademais, o princípio desempenha um papel fundamental no Direito Penal, garantindo que as penas sejam aplicadas de forma justa, equilibrada e proporcionada às circunstâncias do caso concreto (MASSON, 2019).

De acordo com Morais (2020), ministro do STF, o princípio da proporcionalidade é aplicado em diversas situações, como na restrição de direitos individuais em prol da segurança pública, na limitação de liberdades individuais para a proteção da saúde coletiva ou na restrição de liberdade de expressão para a proteção de outros direitos fundamentais.

De todo modo, a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal busca garantir a justa medida punitiva, evitando penas excessivas ou desproporcionais, bem como tratamentos diferenciados injustificados. Dessa forma, contribui para o respeito aos direitos fundamentais, à igualdade perante a lei e à busca pela justiça criminal.

DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia estão intimamente relacionados no âmbito do Direito Penal, tendo em vista que o primeiro busca garantir que as medidas restritivas e punitivas adotadas pelo Estado sejam proporcionais à gravidade do delito e aos fins pretendidos pela pena, enquanto que o segundo preconiza a igualdade de tratamento perante a lei, assegurando que pessoas em situações similares sejam tratadas de forma equivalente, sem discriminação injustificada. Dessa forma, a relação entre esses princípios reside no fato de que a proporcionalidade na aplicação das penas é um requisito para a concretização do princípio da isonomia. Dito isso, a aplicação de penas desproporcionais ou discriminatórias violaria o princípio da isonomia, ao tratar de forma desigual casos similares.

A abordagem da interação entre os princípios da proporcionalidade e da isonomia no contexto do Direito Penal é vasta na Doutrina. É evidente que ao aplicar o princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena, é possível assegurar a igualdade de tratamento, evitando disparidades na imposição de penas para casos semelhantes (NUCCI, 2022).

DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A relação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da individualização das penas é de extrema importância no Direito Penal.

Gomes (2008), juiz de Direito e Professor Universitário, defende que a aplicação do princípio da proporcionalidade se relaciona com a dosimetria da pena e com as garantias constitucionais, destacando que a aplicação desse princípio é fundamental para evitar penas excessivas e desproporcionais, assegurando a individualização da pena e a ressocialização do condenado.

Assim, o princípio da proporcionalidade visa garantir que a pena aplicada seja justa e equilibrada, levando em consideração a gravidade do delito e as circunstâncias que o envolvem. Isso significa que a punição deve ser adequada ao nível de culpabilidade do infrator, considerando fatores como a intenção, a periculosidade do agente, o dano causado, entre outros

elementos relevantes. A proporcionalidade busca evitar penas excessivas ou desproporcionais, que poderiam ferir o princípio da dignidade humana.

Por outro lado, o princípio da individualização das penas reconhece que cada infrator é único e merece um tratamento personalizado. Isso implica que a pena deve ser determinada levando em conta as características particulares do autor do delito, como seus antecedentes criminais, sua personalidade, sua conduta social, entre outros aspectos relevantes. A individualização das penas busca evitar a aplicação de penas genéricas ou padronizadas, permitindo que cada caso seja avaliado de forma individualizada, de acordo com suas peculiaridades (MASSON, 2019)

Diante dessa perspectiva, a proporcionalidade e a individualização das penas se complementam. Enquanto a proporcionalidade garante que a pena seja adequada ao delito, a individualização das penas assegura que a punição seja adequada ao infrator. Dessa forma, busca-se alcançar um equilíbrio entre a necessidade de punição e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

No sistema penal, a aplicação desses princípios é essencial para garantir um tratamento justo e proporcional aos infratores. A correta observância da proporcionalidade e da individualização das penas fortalece a legitimidade e a confiança no sistema de justiça criminal.

Para Masson (2019), a relação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da individualização das penas reside no fato de que ambos visam assegurar que a pena aplicada seja justa, equilibrada e adequada, levando em consideração a gravidade do delito.

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA FASE LEGISLATIVA E JUDICIAL

A aplicação do princípio da proporcionalidade na fase legislativa e judicial no âmbito penal requer uma análise minuciosa das particularidades do caso e dos interesses em questão, a fim de garantir que as medidas adotadas sejam equilibradas e adequadas aos fins pretendidos.

Pelo entendimento de Bonavides (2004), uma das funções essenciais do princípio da proporcionalidade é a sua capacidade de subordinar o legislador à Constituição. Ao estabelecer limites claros para a atuação legislativa, o princípio restringe o poder do legislador, limitando sua margem de manobra na elaboração das leis. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade atua como um mecanismo de contenção do poder legislativo, assegurando que as leis sejam compatíveis com os valores e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição, entre elas e o direito de uma pena justa.

Ademais, é por meio do princípio da proporcionalidade que a existência de um tipo penal que imponha uma pena ou sanção desproporcional em relação à vantagem obtida pela sociedade é considerado inconstitucional. Dessa forma, é este princípio, que sendo observado, impede que a legislação penal imponha sanções desmedidas e desarrazoadas, garantindo que a resposta do Estado ao cometimento de um delito seja justa, equitativa e respeite os direitos e garantias fundamentais do indivíduo (CASTANHEIRA, 2012)

Ademais, ao aplicar o princípio da proporcionalidade é importante pautar o da igualdade. No entanto vale ressaltar que o princípio da igualdade não significa tratar todas as pessoas de forma idêntica em todas as situações. Ele permite que sejam estabelecidas diferenças de tratamento desde que haja uma justificativa razoável e objetiva para isso. O objetivo é promover a igualdade material, ou seja, garantir que as desigualdades existentes sejam corrigidas ou minimizadas através de políticas públicas que busquem reduzir as disparidades sociais.

Assim, com entendimento de Alexandre de Morais, no contexto do Direito Penal, a punição equitativa e igualitária das condutas criminosas implica na aplicação de penas proporcionais à gravidade da lesão causada ao bem jurídico tutelado. Isso significa que o princípio da igualdade exige que as penas sejam estritamente necessárias e proporcionais a cada tipo penal e ao caso concreto, estabelecendo uma correspondência adequada entre a conduta do infrator e a pena imposta pela autoridade competente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada, é possível concluir que a adequação da pena do crime de estupro de vulnerável à luz do princípio da proporcionalidade é de extrema importância para garantir uma resposta penal justa e equilibrada, sendo necessário enfrentar os desafios relacionados à proporcionalidade das condutas abarcadas pelo tipo penal. A falta de distinção entre os diferentes atos libidinosos, sem considerar sua gravidade, pode levar a penas desproporcionais e violadoras de direitos fundamentais.

Em que pese o estupro de vulnerável ser um crime de extrema gravidade, que atenta contra dignidade sexual, faz-se necessário que a pena seja adequada à gravidade da conduta cometida, de modo a ser observado o princípio maior no Estado democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, embora seja importante proteger a dignidade sexual e garantir a punição adequada dos responsáveis por crimes dessa natureza, é essencial que a criação de tipos penais

leve em conta a intensidade das condutas, considerando sua gravidade e a resposta penal aplicada. A igualdade de tratamento entre condutas distintas pode resultar em excesso punitivo, ensejando, assim, responsabilidades injustas.

Da Lei nº 12.015/2009 infere-se a mudança de paradigma no direito penal em relação aos crimes sexuais, uma vez que o que se tutela não é mais a moralidade pública, mas sim a dignidade sexual. Além disso, percebe-se o compromisso do legislador ao mandamento constitucional de combater práticas de abuso e violência sexual contra vulneráveis. Contudo, é certo que com o fim de proteger a dignidade sexual acabou por violar outros direitos igualmente protegidos, pois não considerou a graduação entre as condutas de menor e maior gravidade.

Diferentemente da legislação pátria, a legislação internacional observa o critério distinção entre as condutas, tendo em vista que reconhece que há grau distintos de violação ao bem jurídico tutelado. Aplica-se a proporcionalidade como índice limitador do quantum penal.

Nessa seara, o princípio da proporcionalidade se mostra fundamental na análise da adequação da pena do crime de estupro de vulnerável. É necessário buscar um equilíbrio entre a proteção do valor tutelado, isto é a dignidade sexual, e a necessidade de aplicar penas proporcionais, que considerem as circunstâncias específicas de cada caso. Assim, a adequação da pena do crime de estupro de vulnerável à luz do princípio da proporcionalidade exige uma análise criteriosa e individualizada de cada caso, levando em consideração as particularidades envolvidas, evitando assim punições inadequadas e desproporcionais.

Por todo o exposto conclui-se que o princípio da proporcionalidade tem o condão de evitar penas excessivas ou desproporcionais que poderiam ferir o princípio da dignidade humana, sem deixar, contudo, de oferecer proteção à dignidade sexual. Sendo essencial a discussão aberta e harmônica sobre o tema para o aprimoramento do sistema jurídico e a garantia de uma justiça penal proporcional e efetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estud. av., São Paulo, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSO, Samanta Jenifer. **Os crimes de estupro e de Vulnerável na Lei 12.015/2009: Considerações Críticas**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. DEJ – Departamento de Estudos Jurídicos. Ijuí- RS, 2012.

Brasil tem cerca de 822 mil casos de estupro a cada ano, dois por minuto. Gov.br. 2023. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13541-brasil-tem-cerca-de-822-mil-casos-de-estupro-a-cada-ano-dois-por-minuto>. Acesso em: junho de 2023.

CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília. 2012.

DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. **O princípio da proporcionalidade como critério de aplicação de Pena**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC. São Paulo, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously.

FAVORETTO, Afonso Celso. **Estupro contra Vulnerável- Uma análise à luz dos princípios constitucionais e do sistema penal**. 2011. Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC. São Paulo, 2011.

FELDENS, Luciano. **A conformação constitucional do direito penal**. In: **WUNDERLICH, Alexandre Lima (Coord.). Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. JusBrasil, 2011.

GAMBOGI, Carla da Costa. **Da (des) proporcionalidade da pena - ênfase no crime de estupro de vulnerável – um olhar sobre a tutela (violação?) Do estado aos princípios constitucionais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LINS, Amanda Morgana. **Beijos lascivos e toques em partes íntimas de crianças: crime de estupro de vulnerável ou contravenção penal?** Uma análise jurisprudencial sob enfoque do princípio da proporcionalidade e da proteção integral da criança e do adolescente. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC. Criciúma, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NASCIMENTO, Isabella Vieira do. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP): Uma análise típica a partir da vulnerabilidade penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói- RJ, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

SOUSA, Jhonathan Messias de. **Da presunção da Vulnerabilidade dos Menores dispostos no art.217-A do Código Penal**. Núcleo de Trabalhos de Conclusão de Curso da UniRV. Universidade de Rio Verde. Campus Caiapônia, GO. 2021.

SCHUCH, Eduardo Augusto. **Crimes contra a Dignidade Sexual e sua adequação aos princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Santa Cruz do Sul, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e da insuficiência em matéria criminal: a necessidade e permanente busca da superação dos “fundamentos hermenêuticos”. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, 2008.