



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

**PETIÇÃO INICIAL AJCONST/PGR Nº 1335788/2023**

A **PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento nos arts. 102, I, “a” e “p”, 103, VI, e 129, IV, da Constituição Federal; no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20.5.1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União); e na Lei 9.868, de 10.11.1999, vem propor

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

contra os arts. 232, § 3º, e 232, § 1º, c/c art. 236, I a III, do Código Penal Militar, inserido pela Lei 14.688, de 20.9.2023, que, ao alterar o Decreto-Lei 1.001, de 21.10.1969, a fim de compatibilizá-lo com as reformas do Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal) e com a Lei 8.072, de 25.7.1990 (Lei dos Crimes Hediondos), deixou de estabelecer, para o tipo penal militar de estupro de vulnerável, a qualificadora pelo resultado lesão grave ou gravíssima.<sup>1</sup>

1 Acompanham a petição inicial cópia da norma impugnada (art. 3º da Lei 9.868/1999) e peças do Procedimento Administrativo 1.00.000.011272/2023-84.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

## I. OBJETO DA AÇÃO

Eis o teor das normas impugnadas:

### ***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.*

Consoante se demonstrará, 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).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

## II. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

A Lei 14.688, de 20.09.2023, oriunda de **projeto de lei proposto em 2017** (PL 9.432/2017), foi editada com a finalidade específica de adequar o Código Penal Militar – CPM (Decreto-Lei 1.001/1969) aos ditames da Constituição Federal, às disposições do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940) e à Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), de forma a promover atualização da legislação penal castrense às leis penal comum e especiais vigentes, inclusive com a correção de nomenclaturas já ultrapassadas em razão do tempo.

A justificação da proposição legislativa, que resultou na edição da Lei 14.688/2023, assinalou o intuito de se atualizar o Código Penal Militar aos crimes previstos na legislação penal comum, nos seguintes termos:

*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 (...).<sup>2</sup> - grifos nossos.*

A Lei 14.688/2023, em lugar de criar tipo penal diverso para o crime de estupro de vulnerável, como fez a Lei 12.015/2009 ao incluir o art. 217-A no Código Penal, optou por inserir o § 3º no tipo penal inscrito no art. 232 do CPM, definindo a mesma faixa de apenamento para o crime de estupro de vulnerável

2 Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1634828&filename=PL%209432/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1634828&filename=PL%209432/2017). Acesso: 07.12.2023.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

prevista na legislação penal comum (8 a 15 anos de reclusão), sem, contudo, prever a qualificadora resultante de lesão corporal de natureza grave prevista no § 3º do art. 217-A do Código Penal.

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.**

Além disso, estabelece o art. 236, I a III, do Código Penal Militar, na sua redação original, hipóteses de presunção de violência contra vítima menor de 14 anos ou pessoa com deficiência. Admite o CPM, ao contrário da atual redação do art. 217-A do Código Penal, casos de presunção relativa de violência no crime de estupro de vulnerável, quando o agente tenha fundada suposição de que a vítima tem mais de 14 anos ou, tratando-se de pessoa com deficiência, quando o agente não conhecia dessa condição.

Mesmo que arrostada a norma do art. 232, § 3º, do CPM, inserida pela Lei 14.688/2023, ainda assim permaneceria vigente norma de conteúdo similar, **eivada de igual ou pior inconstitucionalidade**, resultante da combinação do art. 232, § 1º, com o art. 236 do Código Penal Militar.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

### III – POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

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. Mesmo que declarada a inconstitucionalidade da norma do art. 232, § 3º, do CPM, ainda assim persistiria a aplicação de grau de proteção inferior ao previsto no art. 217-A do Código Penal, resultante da combinação do art. 232, § 1º, com o art. 236, I a III, do Código Penal Militar.

Em casos em que se faz necessária a impugnação conjunta de normas anteriores e posteriores à Constituição Federal, tem o Supremo Tribunal Federal considerado processualmente viável a cumulação de pedidos de ADI e de ADPF em razão da fungibilidade entre as ações de controle abstrato de constitucionalidade, conforme se verifica dos trechos dos seguintes julgados:

*(...) A ação é cabível, mesmo se considerarmos que requer, indiretamente, a declaração de inconstitucionalidade de norma posterior à Constituição e que pretende superar omissão parcial inconstitucional. Fungibilidade das ações diretas que se prestam a viabilizar o controle de constitucionalidade abstrato em tese. Atendimento ao requisito da subsidiariedade, tendo em vista que somente a apreciação cumulativa de tais pedidos é capaz de assegurar o amplo esclarecimento do rito do impeachment por parte do STF.*

*(ADPF 378-MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin. Red. p./ acórdão Min. Roberto Barroso, DJe de 08.03.2016).*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*(...) 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, DJ de 22.11.1996). Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a natureza objetiva do processo e o seu escopo de tutela da ordem constitucional impedem que toda e qualquer norma própria ao processo objetivo seja aplicada à fiscalização abstrata. Não obstante isso, a hipótese destes autos não cuida de instituto típico de situações jurídicas subjetivas. Como o próprio rótulo sugere, trata-se de cumulação objetiva. Além disso, as ações cumuladas têm objetivo comum: manter a integridade do sistema jurídico nacional.*

*(...).*

*Não há nada na noção de “processo objetivo” que seja inconciliável com a cumulação objetiva de demandas de fiscalização abstrata.(...) Em segundo lugar, destaco que a cumulação objetiva de demandas consubstancia categoria própria à teoria geral do processo; qualquer processo que seja, independentemente de adjetivação. Enquanto instrumento, o processo existe para viabilizar finalidades materiais que lhes são externas. Ora, a cumulação objetiva apenas fortalecer 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. (ADI 5.316-MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06.08.2015).*

A viabilidade processual da cumulação objetiva de pedidos de ADI e de ADPF confere racionalidade ao sistema ao deixar de exigir que as demandas sejam ajuizadas em instrumentos separados, ensejando duplicidade desnecessária do ajuizamento de duas ações de controle abstrato de constitucionalidade pela mera circunstância de o complexo normativo questionado alcançar normas anteriores e posteriores à Constituição de 1988.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

#### IV. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICA CRIMINAL

Emerson Garcia, ao discorrer sobre os limites do controle judicial de política criminal, ressalta que *“o delineamento da norma proibitiva implícita no tipo penal e a cominação da respectiva sanção estão sujeitas à liberdade de conformação do legislador, que realiza juízos valorativos que lhes são próprios. Infirmar esses juízos valorativos, conquanto juridicamente viável, é tarefa de difícil realização no plano pragmático”*,<sup>3</sup> motivo pelo qual cabe ao Poder Judiciário, em regra, adotar postura de autocontenção e, sem ingressar no juízo próprio do legislador, interpretar de forma integrativa a norma penal incriminadora, a fim de delinear o seu conteúdo normativo e o seu alcance aos contextos específicos.

O Supremo Tribunal Federal, nessa direção, não tem admitido, em regra, intervenção judicial na opção político-legislativa de tipificar penalmente determinada conduta e de cominar a pena em abstrato (preceito secundário).<sup>4</sup> Permite o controle judicial, todavia, quando a política criminal seja manifestamente desproporcional ou contrária a algum outro valor ou interesse constitucionalmente protegido, desde que não importe criação judicial de uma terceira norma não prevista e não desejada pelo legislador.

3 GARCIA, Emerson. *Aferição da proporcionalidade da pena cominada à infração penal: uma interpretação constitucionalmente (in)correta*. Disponível em: [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/211/77](https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/211/77). Acesso em: 17.11.2023.

4 RE 829.226/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 6.3.2015; HC 109.676/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 14.8.2013; RE 443.388/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 11.9.2009.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

É o que explicita, por exemplo, trecho da ementa do seguinte julgado:

**1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS:**

**1.1. Mandados Constitucionais de Criminalização:**

*A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbot). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.*

**1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade:**

*Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. - Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.*

(HC 104.410/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 27.03.2012) – Grifos do original.

É certo que no crime militar de estupro de vulnerável há de se levar em conta que, além da dignidade sexual, também tutela o tipo penal do art. 232, § 3º, do Código Penal Militar, com a redação conferida pela Lei 14.688/2023, 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.

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 deficit de proteção e consequente retrocesso dos patamares já existentes no sistema penal brasileiro para o crime de estupro de vulnerável.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**V. ESTATUTO CONSTITUCIONAL PUNITIVO DA VIOLÊNCIA CONTRA  
MENORES E CONTRA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

O § 4º do art. 227 da Constituição Federal traz **mandado expresse de punição severa** para a violência e para a exploração sexual de crianças e adolescentes. Também a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20.11.1959 (ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 99.170, de 21.11.1990), estabelece que *“a criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração”* (Princípio 9º).

O art. 227, *caput* e § 4º, da Constituição Federal demonstra o relevo da especial proteção conferida às crianças e adolescentes na esfera penal. A exigência de **punição severa** para o abuso, para a violência e para a exploração sexual de menores evidencia o desejo do constituinte de que seja dada a mais ampla proteção possível ao público infantojuvenil no campo penal, tendo em vista que as referidas condutas configuram um grave atentado ao livre desenvolvimento da criança e do adolescente.

Já a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada com *status* de emenda constitucional (CF, art. 5º, § 3º), estabelece que *“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”* (art. 16).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Ao comentar o art. 16 da Convenção, ressalta Vanessa Pugliese:

*Existem condições que podem aumentar ou mesmo gerar o risco da exploração e da violência contra pessoas com deficiência. São fatores sociais, econômicos, culturais, ambientais, que caracterizam o contexto e modo de vida dessas pessoas, que historicamente foram excluídas do acesso a direitos. (...). Muitos casos de exploração estão diretamente relacionados a relações desequilibradas de poder. Quem pratica a violência em geral sente-se superior às vítimas, considerando-as mais "frágeis". Em verdade, pessoas com deficiência estariam mais vulneráveis não pelo fato de terem uma deficiência, mas porque condições de exclusão, pobreza, invisibilidade e ambiente inacessíveis podem acarretar ou fortalecer essa vulnerabilidade, **que se torna ainda maior se a pessoa com deficiência for mulher, criança, adolescente ou idosa.***  
(...)

*Uma das palavras-chave do artigo 16 da Convenção é a prevenção. Com a ratificação, o Brasil deve promover políticas que evitem que a violência ocorra, utilizando estratégias educativas e de informação, ou seja, fornecendo às pessoas com deficiência mecanismos que permitam que elas mesmas saibam como prevenir, reconhecer e denunciar casos de exploração, violência e abuso. De outro modo, **o país também deve adotar políticas e uma legislação que garanta que os casos de violência sejam identificados, investigados e processados, se for o caso. Assim, a legislação do Brasil deve passar por adequações e melhoramentos (...).**<sup>5</sup> - grifos nossos.*

O ordenamento constitucional, portanto, estabelece um rígido estatuto constitucional punitivo para os crimes de violência sexual contra criança e adolescente e para os crimes praticados contra pessoas com deficiência.

5 RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Maria de Paiva (orgs.). *A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/acessibilidade-digital/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-comentada.pdf>. Acesso: 07.12.2023.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

## VI. VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE NA ESFERA CRIMINAL

A prática da infração penal provoca lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e, por conseguinte, violação de bens jurídicos tutelados. A persecução penal, nesse sentido, afigura-se como instrumento pelo qual o Estado cumpre seus deveres de preservar a ordem e a paz social, de promover segurança pública e proteger os direitos fundamentais.<sup>6</sup>

O legislador há de observar a cláusula do devido processo legal substantivo (CF, art. 5º, LIV), no qual se insere o princípio da proporcionalidade, de modo que a lei penal editada seja adequada à finalidade de prevenção, repressão e proteção dos bens jurídicos tutelados, sem incorrer em motivação arbitrária.

O princípio da proporcionalidade é tradicionalmente invocado em sua dimensão negativa, para refrear medidas excessivas do Estado que interfiram no exercício de direitos fundamentais. Doutrina e jurisprudência contemporâneas, todavia, têm explorado outro aspecto relevante do princípio da proporcionalidade: **a vedação de proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados.**

Diante do reconhecimento de que o Estado tem não apenas o dever de não violar bens jurídicos de índole constitucional, como também o de protegê-los e promovê-los, entende-se que a violação da proporcionalidade não ocorre apenas

6 TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 163.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

diante de excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta insuficiente para a tutela adequada dos bens e valores constitucionalmente protegidos.<sup>7</sup>

Sob o prisma dos direitos humanos, observa André de Carvalho Ramos que o princípio da proteção deficiente — fundado implicitamente no dispositivo constitucional que trata do Estado Democrático de Direito e de seu dever de promover a dignidade humana (CF, art. 1º, *caput* e III) — “*torna inconstitucional lei ou interpretação de lei que venha a descriminalizar ou ainda dificultar a persecução penal a violadores de direitos humanos*”. Registra, a propósito, o seguinte sentido que há de ser conferido ao princípio da vedação de proteção deficiente ou insuficiente:

*O princípio da proporcionalidade possui ainda uma dimensão positiva, que consiste na proibição da proteção insuficiente (ou deficiente) a um determinado direito. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado não se pode exceder no campo de direitos humanos (dimensão negativa, proibição do excesso ou Übermassverbot), também não se pode omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou Untermassverbot). Por exemplo, o Estado, ao descriminalizar graves ofensas a direitos fundamentais (por exemplo, tortura), agiria contra a Constituição, pois a tutela penal seria considerada essencial para a adequada proteção desses bens jurídicos graças ao seu efeito dissuasório geral e específico. Consequentemente, a proporcionalidade consiste não só em um instrumento de controle das restrições a direitos, mas também de con-*

7 Cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162-166; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e deficiência. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, p. 60-122, 2004; e STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, p. 303-345, 2004.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*trole da promoção a direitos. Essa atuação de proibição da proteção insuficiente decorre do reconhecimento dos deveres de proteção, fruto da dimensão objetiva dos direitos humanos. A proporcionalidade, então, tem fruição dúplici: serve para que se analise eventual “restrição em demasia”, mas também serve para que se verifique se houve “proteção deficiente” dos direitos.*

*No Estado Democrático de Direito, no qual o Estado deve intervir na vida social para assegurar uma sociedade justa e solidária (art. 3º da CF/88), a proibição de insuficiência fixa um mínimo de proteção adequada, necessária e proporcional em sentido estrito a um direito, que sofre a omissão do Estado ou mesmo colisão com outros direitos. No campo penal, a proporcionalidade age com seus dois vértices: na proibição do excesso, há o combate às leis que restringem, de modo excessivo, os direitos dos acusados; na proibição da insuficiência, atua para coibir leis e decisões judiciais que, de modo desproporcional, não prevejam o direito à justiça das vítimas e o direito à segurança de todos beneficiados pela prevenção geral da tutela penal. Há aqueles que denominam, essa combinação das duas facetas do critério da proporcionalidade no âmbito penal, de garantismo integral ou positivo.<sup>8</sup>*

*Assenta o Ministro Gilmar Mendes, nessa direção, que “a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação de direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção do direito fundamental” (RE 418.376/MS, Tribunal Pleno, Red. p. acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 23.3.2007).*

8 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 345-346 – e-book.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Como pontuado por Ingo Wolfgang Sarlet, *“o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo ineficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigido)”*. Entende, dessa forma, que *“o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direito à proteção”*.<sup>9</sup>

Requer o princípio da proporcionalidade que a norma penal seja capaz de oferecer um nível adequado de proteção ao bem jurídico, de forma a compatibilizar o respeito aos direitos constitucionais dos investigados e acusados com a necessidade de conferir efetividade à persecução penal. Daí registrar Cleber Masson que o princípio da proporcionalidade, sob a vertente da proteção deficiente, *“impede a proteção insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera punição abaixo da medida correta”*.

A redução da pena cominada em abstrato para o crime militar de estupro de vulnerável com resultado lesão corporal grave, em comparação com a estabelecida no art. 217-A, §§ 1º e 3º, do Código Penal, **traduz violação do princípio da vedação da proteção insuficiente na esfera penal, visto que o legislador, sem justificativa aparente, reduziu os patamares mínimo e máximo de apenamento para conduta violadora de direitos humanos, pela única e exclusiva circunstância de se tratar de crime militar.**

---

9 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, n. 7, ano 4, p. 178, jan. 2006.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

## VII. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO

O princípio da vedação de retrocesso é evolução doutrinária da teoria da irreversibilidade desenvolvida por Konrad Hesse. No campo dos direitos humanos, a vedação de retrocesso é desdobramento do princípio da progressividade, haja vista que os patamares já alcançados de proteção dos direitos humanos sempre devem ser ampliados, nunca eliminados, restringidos, limitados ou reduzidos.

A propósito, esclarece André de Carvalho Ramos:

*Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição do retrocesso, também chamada de “efeito cliquet”, princípio do não retorno da concretização ou princípio da evolução reacionária, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramentos e acréscimos. Outra expressão utilizada pela doutrina é o entrenchment ou entrenchamento, que consiste na preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais, impedindo o retrocesso, que poderia ser realizado pela supressão normativa ou ainda pelo amesquinçamento ou diminuição de suas prestações à coletividade. (...) A vedação do retrocesso (...) proíbe as medidas de efeitos retrocessivos, que são aquelas que objetivam a supressão ou diminuição da satisfação de um dos direitos humanos. Abrange não somente os direitos sociais (a chamada proibição de retrocesso social), mas todos os direitos humanos, que, como vimos, são indivisíveis.<sup>10</sup>*

Jorge Miranda, ao abordar o regime específico dos direitos econômicos, culturais e sociais e explicitar que carecem de conformação normativa, pontua

10 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 262.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

que, pela regra do não retorno, “*não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-los significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais*”.<sup>11</sup>

Uma vez que o princípio da vedação de retrocesso protege os avanços conquistados de medidas retrocessivas dos órgãos estatais no campo dos direitos humanos, a liberdade dos agentes estatais fica limitada aos níveis conquistados de proteção a direitos. O legislador infraconstitucional, nesse sentido, vincula-se à legislação existente efetivadora dos direitos humanos, não estando autorizado a simplesmente eliminar, restringir, limitar ou reduzir os patamares legais de proteção já alcançados, “*pois isto equivaleria a subtrair as normas constitucionais a sua eficácia, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador*”.<sup>12</sup>

Cármem Lúcia, ao discorrer doutrinariamente sobre o princípio da dignidade humana e a exclusão social, acentua que o princípio da vedação de retrocesso impede, em matéria de direitos humanos, que avanços alcançados sejam suprimidos total ou parcialmente por maiorias parlamentares ocasionais:

11 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. Vol. IV, 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 188.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 444.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Há de se atentar que prevalece, hoje, no direito constitucional o princípio do não-retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade e não dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares.*

*Não se há de cogitar em retroceder no que é afirmado patrimônio jurídico e moral do homem havido em conquistas de toda a humanidade, e não apenas de um governante ou de uma lei. Os direitos conquistados, especialmente aqueles que representam um avanço da humanidade no sentido do aperfeiçoamento da sociedade e que se revelam nos direitos sociais, não podem ser desprezados ou desconhecidos, devendo, antes, ser encarecidos e podendo ser ampliados.<sup>13</sup>*

J. J. Gomes Canotilho, ao tratar do princípio da proibição de retrocesso, pontua que os direitos fundamentais sociais e econômicos, uma vez concretizados pelo legislador ordinário, passam a constituir verdadeiros direitos subjetivos que interditam o legislador de revogá-los, anulá-los, aniquilá-los, reduzi-los ou limitá-los, sem outros arranjos alternativos ou compensatórios:

*A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antissociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculados da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode afirmar-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...)*

13 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>. Acesso: 17.11.2023.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais 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, sobretudo 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 existencial condigna, inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (cf. Ac. 509/2002, DR. I 12/2/2003).<sup>14</sup>*

Não se trata de conferir caráter absoluto ao princípio da vedação do retrocesso, de modo a impedir que o legislador possa, nos limites do seu campo de conformação, alterar determinadas formatações legislativas relacionadas a direitos humanos.<sup>15</sup> Pode-se, por exemplo, alterar determinada garantia já prevista em lei, desde que se estabeleça esquema alternativo e compensatório que não resulte em redução dos patamares protetivos já conquistados.

Esse posicionamento encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como ilustra, por exemplo, trecho do seguinte julgado:

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-339.

15 “(...) não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que essa solução radical, caso tido como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Ob. cit., p. 449).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.*

*– O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que vive.*

*– A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina.*

*– Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.*

*(ARE 639.337/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello. DJe de 15.09.2011).*

A redução das penas mínima e máxima cominada em abstrato para o crime militar de estupro de vulnerável que resulte em lesão corporal grave (8 a 15 anos de reclusão) em relação à mesma conduta prevista no art. 217-A, §§ 1º e 3º, do Código Penal (10 a 20 anos de reclusão), pela exclusiva circunstância de a conduta descrita ser praticada por militar no exercício de suas funções ou em decorrência dela e/ou em lugar sujeito à administração militar, **consubstancia inequívoco retrocesso nos patamares de proteção já conferidos na esfera penal, em cumprimento ao dever estatal de punir severamente qualquer forma de abuso sexual de crianças e adolescentes e de pessoas com deficiência.**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

### VIII. RESGUARDO DO NÍVEL DE PROTEÇÃO

Os arts. 124 e 125, § 4º, da Constituição Federal estabelece competir à Justiça Militar da União e dos Estados julgar os crimes militares assim definidos em lei. A lei que prevê os crimes militares é o Código Penal Militar, que, nos arts. 9º e 10, define os crimes militares em tempo de paz e de guerra.

A Lei 13.491, 13.10.2017, alterou o inciso II do art. 9º do CPM, ampliando o conceito de crime militar impróprio. Antes da alteração legislativa, previa o inciso II do art. 9º do CPM que se consideram crime militar em tempo de paz os crimes previstos no diploma, mesmo que também o sejam com igual definição na lei penal comum. Com a alteração promovida pela Lei 13.491/2017, passou-se a se considerar crime militar, além daqueles definidos no CPM, os previstos na legislação penal. Ou seja, antes da alteração promovida pela Lei 13.491/2017, os crimes militares em tempo de paz eram apenas os previstos na parte especial do CPM. Após, **passaram a ser crimes militares todos aqueles previstos na legislação penal brasileira, desde que praticados por militar, contra outro militar (da ativa ou não), e/ou em lugar sujeito à administração militar.**

Não há razão de ordem jurídica ou ontológica que distinga o crime militar de estupro de vulnerável que resulte lesão corporal grave (CPM, art. 232, § 3º) do crime comum de estupro de vulnerável com resultado lesão corporal grave (CP, art. 217-A, §§ 1º e 3º), capaz de justificar a redução da pena cominada em abstrato



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

para o crime militar decorrente da falta de previsão da referida qualificadora. Como já ressaltado, a circunstância de o crime ser praticado por militar no exercício de suas funções ou em decorrência delas e/ou em ambiente sujeito à administração militar traduz, além de violação à dignidade sexual da vítima, também afronta aos vetores constitucionais de hierarquia e disciplina, regentes da caserna, o que justifica a elevação do grau de reprovabilidade da conduta e não a sua redução.

Declarado inconstitucional o § 3º do art. 232 do CPM, inserido pela Lei 14.688/2023, aplicar-se-á ao crime militar de estupro de vulnerável que resulte em lesão corporal grave a tipificação do art. 232, § 1º c/c o art. 236, I a III (**presunção relativa** de violência se a vítima é menor de 14 anos ou pessoa com deficiência intelectual incapaz de consentir ou oferecer resistência ao ato sexual), **o que resultará na aplicação de faixa de apenamento ainda menor que a estabelecida no art. 232, § 3º, do CPM (8 a 10 anos de reclusão).**

Assim, uma vez reconhecida a violação do estatuto constitucional de punição severa para os crimes de abuso sexual de crianças e adolescentes e de pessoas com deficiência pela perspectiva da proteção deficiente, **deve-se, também, ser declarada a não recepção do art. 236, I a III, do CPM**, de forma que o estupro de vulnerável com resultado lesão corporal grave praticado por militar seja enquadrado no tipo penal inscrito no art. 217-A, §§ 1º a 3º, do Código Penal, **por força do disposto no art. 9º, II, do CPM, com redação conferida pela Lei 13.491/2017, para a qual a presunção de violência não admite prova em sentido contrário.**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**IX. PEDIDO CAUTELAR**

Estão presentes os pressupostos para a concessão de medida cautelar. A plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) está suficientemente demonstrada pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial, que encontram amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre de que a Lei 14.688, de 20.09.2023, está na iminência de entrar em vigor em razão do transcurso da *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias (art. 5º), e de que sua aplicação traz prejuízos irreparáveis à proteção constitucional da dignidade humana, por implicar inadmissível redução dos patamares de proteção já alcançados de repressão ao abuso sexual de crianças e adolescentes, e de pessoas com deficiência.<sup>16</sup>

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia, em juízo liminar, na forma do art. 10 da Lei 9.868/1999.

Portanto, além do sinal do bom direito, evidenciado pelos próprios fundamentos constitucionais em que se apoia esta ação direta, há premência em que esta Corte conceda a medida cautelar para determinar a imediata suspensão dos efeitos das normas impugnadas.

---

16 O Anuário de Segurança registrou que o Brasil, em 2022, registrou o maior número de estupros da história, sendo que a maior alta ocorreu nos estupros de vulneráveis. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/07/20/em-2022-brasil-registra-maior-numero-de-estupros-da-historia-6-em-cada-10-vitimas-tem-ate-13-anos-aponta-anuario-de-seguranca.shtml>. Acesso: 07.12.2023.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**X. PEDIDOS E REQUERIMENTOS**

Em face do exposto, requer a PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA que se conceda medida cautelar para suspensão da eficácia das normas impugnadas, para os fins expostos acima e nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999.

Em seguida, pleiteia que se colham informações da Presidência da República e do Congresso Nacional. Ainda, que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal. Superadas as fases, pede prazo para a manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Ao final, postula 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, **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 e/ou 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.**

Subsidiariamente, caso se entenda que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é a via processual adequada para apreciação de pedidos



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

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.

Brasília, data da assinatura digital.

***Elizeta Maria de Paiva Ramos***  
Procuradora-Geral da República  
*Assinado digitalmente*

PC