

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Ano XVI – Nº 94

Fev-Mar 2020

Repositório Autorizado de Jurisprudência
Supremo Tribunal Federal – nº 38/2007
Superior Tribunal de Justiça – nº 58/2006

Classificação Qualis/Capes: B1

Editores

Fábio Paixão
Walter Diab

Coordenador

Aury Lopes Júnior

Conselho Científico

Fernando da Costa Tourinho Filho – Luiz Flávio Borges D’Urso
Elias Mattar Assad – Marco Antonio Marques da Silva

Conselho Editorial

Adeildo Nunes – Amadeu de Almeida Weinmann
Carlos Ernani Constantino – Celso de Magalhães Pinto – César Barros Leal
Cezar Roberto Bitencourt – Élcio Pinheiro de Castro – Fernando Capez
Fernando de Almeida Pedrosa – Haroldo Caetano da Silva
José Carlos Teixeira Giorgis – Marcelo Roberto Ribeiro
Maurício Kuehne – Renato Marcão – René Ariel Dotti – Roberto Victor Pereira Ribeiro
Rômulo de Andrade Moreira – Sergio Demoro Hamilton
Umberto Luiz Borges D’Urso

Colaboradores deste Volume

Américo Bedê Freire Junior – Aury Lopes Junior – Benigno Núñez Novo
Diego Leal Nascimento – Felipe Martins Pinto
Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira – Gabriel Oliveira Brito
Greice Patrícia Fuller – Jádía Larissa Timm dos Santos – Túlio Leno Góes Silva

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Publicação bimestral da LexMagister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados via site (<http://www.lexmagister.com.br/EnviarArtigos.aspx>). Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela LexMagister, para uma tiragem de 3.100 exemplares.

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

v. 1 (ago./set. 2004)-.- Porto Alegre: LexMagister, 2004-

Bimestral. Coordenação: Aury Lopes Júnior.

v. 94 (fev./mar. 2020)

ISSN 1807-3395

1. Direito Penal – Periódico. 2. Direito Processual Penal
– Periódico.

CDU 343(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos S. Lima – CRB 10/1273

Capa: Apollo 13

LexMagister

Diretor Executivo: Fábio Paixão

Rua 18 de Novembro, 423 Porto Alegre – RS – 90.240-040

www.lexmagister.com.br magister@editoramagister.com

Serviço de Atendimento – (51) 3237.4243

Sumário

Doutrina

1. Reflexões sobre o Tempo e o Direito Penal a Partir da Obra *O Tempo do Direito* *Aury Lopes Junior e Jádía Larissa Timm dos Santos*..... 5
2. As Mudanças na Legislação Penal e Processual Penal com o Pacote Anticrime
Benigno Núñez Novo 17
3. O Arrependimento Posterior e o Desnível de Tratamento Jurídico-Penal Envolvendo Delitos Patrimoniais e Socioeconômicos: uma Violação ao Princípio da Igualdade e o Parâmetro Regulatório da ADO 26/DF
Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira 26
4. Ciberterrorismo no Brasil: uma Análise Sobre os Desafios Impostos pelos Ciberataques e a Efetividade da Lei Antiterrorismo
Greice Patrícia Fuller e Gabriel Oliveira Brito..... 60
5. A Presunção de Inocência na Investigação Criminal
Túlio Leno Góes Silva e Felipe Martins Pinto..... 76
6. A Responsabilidade Penal do Indutor Prevista no Artigo 218 do Código Penal: uma Releitura à Luz do Princípio da Vedação à Proteção Insuficiente
Diego Leal Nascimento e Américo Bedê Freire Junior..... 90

Jurisprudência

1. Supremo Tribunal Federal – Maus Antecedentes e Reincidência. Institutos Diversos. Havendo Reiteração Delitiva, a Dependência do Caso Concreto, o Juiz Poderá Avaliar essa Sentença Condenatória Anterior
Red. p/ o Ac. Min. Alexandre de Moraes 109
2. Superior Tribunal de Justiça – Prisão Preventiva. Homicídio e Lesão Corporal Culposa na Direção de Veículo Automotor. Embriaguez ao Volante. Crime Culposos. Impossibilidade. HC Concedido
Rel.^a Min.^a Laurita Váz 114
3. Superior Tribunal de Justiça – Prisão Preventiva. Tóxicos. Tráfico. Fundamentação. Garantia da Ordem Pública. Desproporcionalidade Diante do Caso Concreto. Concessão da Ordem. Constrangimento Ilegal. Ocorrência
Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro..... 119
4. Superior Tribunal de Justiça – Homicídio. Acidente de Trânsito. Pronúncia. Dolo Eventual. Qualificadora do Meio Cruel. Compatibilidade. Vítima Arrastada por Cerca de 500 Metros, Presa às Ferragens do Veículo
Rel. Min. Nefi Cordeiro 125

5. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Violação de Direito Autoral. Art. 184, § 1º, do Código Penal. Atipicidade por Adequação Social. Tese Afastada. Dolo Presente. Negada Substituição de Pena por Reincidência <i>Rel. Juiz Fed. Conv. Marllon Sousa</i>	132
6. Tribunal de Justiça do Acre – Regime Disciplinar Diferenciado. Inclusão. Possibilidade. Desentranhamento de Documento. Supressão de Instância. Competência. Juiz Singular <i>Rel. Des. Samoel Evangelista</i>	136
7. Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Embriaguez ao Volante. Teste de Alcoolemia. A Realização do Teste de Alcoolemia É Prescindível Quando Comprovado por Outro Meio Idôneo de Prova <i>Rel. Des. Sebastião Coelho</i>	144
8. Tribunal de Justiça de São Paulo – Absolvição. Crime Contra as Finanças Públicas. Art. 359-G do CP. Tipo Penal que Exige a Comprovação do Ato de Ofício Praticado que Tenha Resultado no Aumento de Despesas com Pessoal <i>Rel. Des. Camilo Léllis</i>	148
9. Divergência Jurisprudencial.....	153
10. Ementário.....	154
Sinopse Legislativa.....	190
Destaques dos Volumes Anteriores.....	191
Índice Alfabético-Remissivo	192

A Responsabilidade Penal do Indutor Prevista no Artigo 218 do Código Penal: uma Releitura à Luz do Princípio da Vedação à Proteção Insuficiente

DIEGO LEAL NASCIMENTO

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JUNIOR

Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV); Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Juiz Federal.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade fazer uma análise crítica acerca da redação do art. 218 do Código Penal à luz do princípio da proibição à proteção insuficiente. Procurou-se demonstrar de que forma esse princípio pode, diante do imbróglgio criado pelo legislador e rechaçando a tese da doutrina majoritária sobre o tema, servir de base para garantir a reprimenda penal mais adequada diante da conduta que se amolda no tipo penal de corrupção de menores. Para tanto, foi feita uma abordagem dos contornos do aludido princípio no direito e processo penal sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, em que a defesa dos direitos e garantias fundamentais é alcançada também por intermédio de uma atuação positiva estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção Insuficiente. Proporcionalidade. Garantismo Positivo.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Uma Análise Dogmática do Crime de Corrupção de Menores. 2 O Delito de Corrupção de Menores “Com Atos Sexuais” *Versus* “Sem Atos Sexuais”: uma Tentativa da Doutrina de Salvar o Art. 218 do Código Penal. 3 O Princípio da Vedação à Proteção Insuficiente: a Outra Faceta da Proporcionalidade. 4 A Inconstitucionalidade do Art. 218 do Código Penal: Adotando uma *Térza Via*. Conclusão. Referências.

Introdução

A indução de menor de 14 (catorze) anos que vise à satisfação da lascívia de terceiros é crime tipificado pelo art. 218 do Código Penal, com pena de dois a cinco anos de reclusão.

Trata-se, pois, de delito inserido no Título VI do Código Penal, intitulado de “crimes contra a dignidade sexual”, e não mais como “crimes contra os costumes” (redação originária), no que acertou o legislador, uma vez que não se está a regular determinados modelos “adequados” de comportamento sexual, mas, sim, tutelar a dignidade sexual humana.

Pela natureza da temática, não é preciso muito esforço para notar que, por se tratar de uma área sensível aos olhos do conservadorismo brasileiro, a reprimenda estatal para os crimes previstos nesse título é implacável.

É claro que esse conservadorismo não é o mesmo do século anterior, até porque alguns dispositivos, como a sedução e o rapto violento ou mediante fraude, impensáveis atualmente, foram revogados, bem como o próprio crime de estupro foi modificado e passou a abranger também o homem como sujeito passivo.

Apesar dessas evoluções, a sociedade brasileira ainda continua conservadora quando o assunto é relações sexuais, de forma que isso se reflete em nossa produção legislativa e até na jurisprudência, que trata, por exemplo, a vulnerabilidade sexual do menor de 14 anos de maneira absoluta (Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça), parecendo ignorar a realidade de que a prática de atos sexuais já no início da adolescência é algo comum e para alguns até “banal”, sobretudo entre as comunidades mais pobres, onde os jovens têm se tornado pais e mães precocemente.

Nesse contexto, causa estranheza que, rompendo com essa lógica punitiva, o legislador resolvesse, com a Lei nº 12.015/09, conferir nova redação ao crime de corrupção de menores, punindo o indutor não mais pelo art. 217-A do CP, mas pelo art. 218 do CP, cujas penas mínima e máxima são incompatíveis com a gravidade da conduta praticada.

Em função dessa incoerência e desproporcionalidade, provavelmente fruto de desatenção legislativa, criou-se um problema na doutrina, no que tange à interpretação do art. 218. Para a corrente majoritária, se for praticada conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com o menor, restará configurado o crime de estupro de vulnerável, e não o de corrupção de menores, subsistindo o art. 218 apenas para atos “não libidinosos”. Isso, porque pela teoria monista (art. 29 do CP) o indutor é partícipe do estupro de vulnerável eventualmente cometido pelo terceiro beneficiário.

Já em sentido contrário, para a corrente minoritária, o tipo penal há de ser aplicado em sua integralidade, constituindo exceção expressa à teoria monista adotada pelo CP.

O impasse, entretanto, é ainda mais complicado do que parece. É que, interpretando o dispositivo seguindo a primeira corrente, temos a punição mais adequada ao indutor, porém, à custa da violação do princípio da legalidade, por haver clara contrariedade ao texto literal do art. 218. Por outro lado, se seguirmos a sua literalidade, o bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual do menor de 14 anos induzido a satisfazer a lascívia de outrem, seria protegido de forma deficiente.

Dessa forma, diante da complexidade da temática, essas respostas, habitualmente encontradas nos livros de direito penal (parte especial) e de crimes contra a dignidade sexual, ainda não são satisfatórias.

Tendo isso em mente, indagamos: de que forma é possível compatibilizar a responsabilidade penal do indutor no crime de corrupção de menores sem gerar uma proteção insuficiente à vítima menor de 14 anos?

1 Uma Análise Dogmática do Crime de Corrupção de Menores

Inicialmente, cumpre destacar que é a dignidade sexual o bem jurídico tutelado pelo art. 218 do Código Penal. Isso, porque de acordo com o entendimento pacífico, o menor de 14 anos, ao não possuir plena capacidade para disposição sexual do próprio corpo, não detém ainda o que chamamos de “liberdade sexual” (termo que abrange a dignidade sexual).

Nessa linha, Bitencourt¹ afirma que o bem jurídico protegido é genericamente a dignidade sexual, não havendo que se falar em liberdade sexual nessa faixa etária, pois como criança (ou adolescente em fase inicial), ainda não tem sua a personalidade formada. Em outros termos, o que se busca é proteger o desenvolvimento e a evolução saudável da personalidade do menor, para que, na fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

Trata-se, pois, de crime comum, podendo qualquer um cometê-lo. Mas, quanto ao sujeito passivo, o tipo penal exige a qualidade específica de serem apenas os menores de 14 anos.

Com relação aos sujeitos do crime, rapidamente já surge a primeira incoerência do tipo penal. Ora, para o legislador, parece que induzir um

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 128.

menor de 14 anos a ter relações sexuais com outrem é menos grave do que, por exemplo, induzir um adulto a ter relações sexuais com este menor (nesse segundo caso, como o induzido não é o menor, não seria aplicado o art. 218, mas o 217-A c/c o art. 29 do CP, se cometido o crime de estupro de vulnerável pelo terceiro).

Vejamos que o que mudou foi apenas o sujeito destinatário da indução. Entretanto, nos dois casos, o menor continua sendo utilizado para satisfazer a lascívia de alguém.

Olhando o dispositivo apenas a partir dessa perspectiva, já é de se questionar a sua utilidade e adequabilidade para servir aos fins pretendidos. Não obstante, ainda há outros problemas decorrentes deste tipo penal absolutamente problemático, conforme destacaremos no decorrer deste estudo.

Prosseguindo com a análise dogmática, no tocante aos elementos objetivos do crime, algumas ressalvas precisam ser feitas. Como o tipo penal utilizou somente a palavra “induzir”, alguns autores, abordando a temática de forma explícita, entendem que as expressões “instigar” e “auxiliar” não estão dentro do contexto do induzimento, tendo em vista que o legislador, sabendo das diferenças entre elas (*vide* art. 122 do CP), optou pela não tipificação.

Nesse sentido, Marcão e Gentil² afirmam que induzir é diferente de instigar e auxiliar, e o legislador tem consciência disso. Os autores lecionam que:

“a figura penal definida no art. 122 traz à cena entendimentos que distinguem *induzimento* de *instigação*, que também diferem do *auxílio* – porque a lei não pode ter palavras inúteis. Assim, quem *instiga* ou *auxilia* menor de catorze anos a satisfazer a lascívia de outrem não comete o delito do art. 218, em que o núcleo do tipo é apenas *induzir*.”

É assim que também entende Bitencourt³, pois “em respeito à *função taxativa do princípio da tipicidade*, não se pode admitir o instigador como autor dessa infração penal”.

Em sentido oposto, considerando que o legislador atribuiu um sentido genérico ao induzimento, Rogério Greco⁴ leciona que “o núcleo *induzir* é utilizado no sentido não somente de incutir a ideia na vítima, como também de convencê-la à prática do comportamento previsto no tipo penal”.

2 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 217.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 123.

4 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018. p. 104.

Luiz Regis Prado⁵ também compartilha dessa ideia, mas parece justificar não pela abrangência do termo em si, e sim pela incongruência que seria cogitar alternativa diversa. Para ele, é em razão da analogia *in bonam partem* que o instigador e o auxiliador também são autores do crime de corrupção de menores, tendo em vista que, se não fossem, responderiam como partícipes do crime de estupro de vulnerável (se este houver), cujas penas são bem maiores.

No entanto, Israel Domingos Jorio⁶ rechaça essa conclusão. Para o autor,

“é insustentável o raciocínio segundo o qual o induzimento conduz ao presente crime, ao passo que a instigação e o auxílio levariam à configuração do art. 217-A do Código Penal. Duas razões para tanto: a) *não se pode apontar a diferença, em termos de maior gravidade, que possa justificar essa desigualdade de tratamento* (a punição do induzimento com uma pena de reclusão, de 2 a 5 anos, e da instigação e do auxílio com uma reclusão de 8 a 15 anos, além do fato de se tratar, nesse último caso, de crime hediondo); b) ainda que fosse essa a ideia do legislador, estaríamos obrigados, por uma questão de proporcionalidade, a realizar uma operação de analogia *in bonam partem*, dando àqueles que instigam e auxiliam o mesmo tratamento destinado aos que induzem (fato que, inclusive, pode ser considerado mais grave, tendo em vista que nas outras duas hipóteses a vítima já tinha em mente a realização da conduta, o que sabemos que não acontece no caso do induzimento).” (grifo nosso)

Desse modo, conclui Jorio⁷ que ambas as condutas (instigação e auxílio) são “absolutamente atípicas e penalmente irrelevantes”.

Essas discussões, apesar de não estarem diretamente ligadas com o problema objeto desta pesquisa, ao menos indiretamente possuem repercussões tamanhas que não poderiam deixar de ser mencionadas, pois dispõem sobre questões relativas ao próprio modo de interpretação e aplicação do dispositivo legal, dispositivo este considerado, inclusive, “absolutamente desnecessário”⁸ por Paulo Queiroz.

2 O Delito de Corrupção de Menores “Com Atos Sexuais” Versus “Sem Atos Sexuais”: uma Tentativa da Doutrina de Salvar o Art. 218 do Código Penal

Conforme já mencionado na introdução do assunto, a responsabilidade penal do indutor no crime de corrupção de menores é objeto de muita divergência no âmbito acadêmico.

5 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. v. II. p. 480.

6 JORIO, Israel Domingos. *Crimes sexuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 200.

7 *Ibid.*, p. 199.

8 QUEIROZ, Paulo (Coord.). *Curso de direito penal: parte especial*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 584.

A doutrina majoritária, na tentativa de “salvar” o referido dispositivo, traça os limites em que o tipo penal estaria inserido. A corrente minoritária, por sua vez, rechaça as diferenciações elaboradas pela doutrina majoritária, entendendo que o art. 218 deve ser interpretado da forma em que está escrito.

Daí a ideia, portanto, da primeira corrente acerca da necessidade de se fazer uma diferença quanto à natureza sexual dos atos praticados, ou seja, entre “atos libidinosos” e “atos não libidinosos” ou “atos sexuais” e “atos não sexuais”.

Ocorre que, analisando o significado da expressão “lascívia”, já que no Capítulo VI foi mais comum o emprego da expressão “ato libidinoso” pelo legislador, perceberemos que “lascívia” seria sinônimo de “luxúria, sensualidade”⁹. Em relação a ato libidinoso, entende-se como algo “voluptuoso, lascivo, dissoluto”¹⁰. Fazendo uma simples leitura dos dicionários, é de se notar que os significados de “lascivo” e “libido”, em verdade, se confundem.

Não obstante a isso, os citados autores estabelecem diferenças. Assim, para Greco¹¹, interpreta-se por “satisfazer a lascívia” aquele comportamento que não imponha à vítima, menor de 14 anos, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, uma vez que, nesses casos, o agente responderia pelo delito de estupro de vulnerável, em virtude da regra constante do art. 29 do Código Penal, que seria aplicada ao art. 217-A do mesmo diploma repressivo.

Para que seja possível a configuração do delito previsto no art. 218, o autor exemplifica que

“poderia o agente induzir a vítima a fazer um ensaio fotográfico, completamente nua, ou mesmo tomar banho na presença de alguém, ou simplesmente ficar deitada, sem roupas, fazer danças eróticas, seminua, com roupas minúsculas, fazer *striptease*, etc., pois essas cenas satisfazem a lascívia de alguém, que atua como *voyeur*.”¹²

Neste mesmo sentido, leciona Rogério Sanches Cunha¹³ que

“o ato que o menor vulnerável é induzido a praticar não pode consistir em conjunção carnal ou atos libidinosos diversos da cópula normal, casos em que, ocorrendo a sua prática efetiva, configurado estará o crime de estu-

9 MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2002. p. 461.

10 *Ibid.*, p. 469.

11 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018. p. 104-105.

12 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018. p. 105.

13 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 521.

pro de vulnerável (art. 217-A do CP), tanto para quem induz quanto para quem deles participa diretamente. Limita-se, portanto, às práticas sexuais meramente contemplativas (...).”

Outro autor que se filia a esta corrente é Paulo César Busato. No seu entendimento, caso a indução do menor consista em convencer a permitir a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso por parte de um terceiro, e isso efetivamente ocorrer, o caso será de participação no crime de estupro de vulnerável¹⁴.

Com essas distinções quanto à natureza dos atos que ocorrem na relação entre o menor de 14 anos e o terceiro, a intenção da doutrina majoritária é que o indutor seja punido com maior rigor, nos termos do art. 29 do CP, pois se não existisse o crime de corrupção de menores, ele responderia pelo crime de estupro de vulnerável na condição de partícipe.

Entretanto, essa corrente cria outra desproporcionalidade (ou melhor, um vácuo), ainda que não intencional. É que, se o terceiro beneficiário pratica apenas os intitulados “atos não libidinosos”, ou “meramente contemplativos”, nos dizeres de Rogério Sanches, seria punido o indutor, mas não este terceiro que efetivamente tirou maior proveito da situação – e violou com maior gravidade o bem jurídico tutelado pela norma penal –, por ser a sua conduta penalmente atípica.

Criticando essa corrente que não enxerga qualquer exceção à teoria monista, e até com certa dose de acidez, assevera Jorio¹⁵ que “a adoção desse posicionamento não se ampara em fundamentos dogmáticos, mas na irresignação quanto à “brandura” da solução político-criminal instaurada”.

Por outro lado, para a corrente minoritária, defendida por Renato Marcão, Plínio Gentil, Luiz Regis Prado, Guilherme de Souza Nucci e Israel Domingos Jorio, a distinção quanto à natureza sexual dos atos não faz sentido, devendo, portanto, ser o art. 218 aplicado para todos os casos de indução do menor de 14 anos.

Assim, conforme assinala Luiz Regis Prado, o presente tipo penal introduz uma “exceção à teoria monista do concurso de agente (art. 29, *caput*, do CP), posto que o indutor do estupro de vulnerável não responderá por este, mas, sim, como autor de crime autônomo (art. 218)”¹⁶. Dessa forma, a satisfação da lascívia pode se dar por intermédio da prática de qualquer ação

14 BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte especial. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 905-906.

15 JORIO, Israel Domingos. *Crimes sexuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 204.

16 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. v. II. p. 479.

que objetive o prazer sexual, abrangendo a própria conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Também, nesse sentido, é a lição de Nucci¹⁷, quando alega que

“o equívoco gerado pelo novo art. 218 é visível. Criou-se uma modalidade de exceção pluralística à teoria monística, impedindo a punição de partícipe de estupro de vulnerável, pela pena prevista para o art. 217-A, quando se der na modalidade de induzimento (participação moral). (...) o legislador, possivelmente por falta de orientação, criou a figura do art. 218, excepcionando o indutor e concedendo-lhe a pena de reclusão, de dois a cinco anos.”

O que se privilegia aqui é o princípio da legalidade, pois se o legislador nada especificou quanto à natureza sexual dos atos praticados pelo terceiro beneficiado, essa diferença não existe.

Aliás, como destaca Jorio¹⁸, ao fazermos a opção por um Estado democrático de Direito, o princípio da legalidade penal passa a constituir uma barreira intransponível ao poder punitivo. São, portanto, “intoleráveis as ginásticas interpretativas e as leituras mirabolantes que visem ao aproveitamento de tipos penais defeituosos ou imprestáveis”.

E prossegue o autor afirmando que

“incorre nas penas desse crime [corrupção de menores] o agente que induz pessoa menor de 14 anos de idade a manter conjunção carnal ou a praticar outro ato libidinoso relevante com terceira pessoa.”¹⁹

Convém lembrar que tal exceção à teoria monista não é novidade no Código Penal, que já contempla, por exemplo, penas diferentes para o aborto com consentimento da gestante (mais benéfica a ela em relação àquele que, efetivamente, praticou o aborto).

Mas, é importante ressaltar a advertência feita por Marcão e Gentil²⁰, no sentido de que “se houver emprego de força física ou grave ameaça pelo agente, poderá estar ultrapassada a esfera do simples induzimento, passando a conduta a representar coação sob violência, física, ou moral (...)”, hipótese em que estaria configurado o estupro de vulnerável.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 153.

18 JORIO, Israel Domingos. *Crimes sexuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 199.

19 JORIO, Israel Domingos. *Crimes sexuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 204.

20 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 227.

Pelo o que pudemos observar, ambas as correntes apresentam bons fundamentos para defender seus pontos de vista. Enquanto a primeira se pauta pelo princípio da proporcionalidade das penas e pela teoria monista, a segunda, ao defender a aplicação do artigo sem qualquer distinção quanto à natureza sexual (se libidinosos ou não) dos atos, possui maior conformidade com o princípio da legalidade, admitindo que houve a criação de uma exceção à teoria monista do concurso de pessoas.

Não obstante as discussões aqui expostas, há outro ponto no tocante à responsabilidade penal que evidencia, não importa qual corrente se adote, a absoluta incongruência na criação do art. 218. Trata-se, pois, não da responsabilidade do indutor, mas do terceiro que teria, supostamente, a sua lascívia satisfeita pelo menor.

Ora, não havendo conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, este terceiro não comete crime algum. Quer dizer, se o indutor faz com que o menor de 14 anos satisfaça a lascívia deste terceiro, e este não pratique nenhum ato típico de estupro de vulnerável, estar-se-á punindo o indutor, mas não o maior beneficiado dessa situação, o qual teve efetivo contato e se relacionou com o menor.

Por esse motivo, a distinção entre “atos sexuais” e “não sexuais” resolveria um primeiro problema (o da equiparação das penas entre autor e partícipe do estupro de vulnerável²¹), entretanto, não cuidaria do segundo, que gera uma inaceitável desproporcionalidade ao deixar impune o maior beneficiado da relação triangular.

Sendo assim, não concordamos com a tese majoritária, seja por, em nosso ponto de vista, violar o princípio da legalidade, seja por fechar os olhos para essa situação esdrúxula de se “aceitar” a reprimenda penal em face do indutor, mas não do terceiro.

Diante disso, nossa proposta é analisar e valorar criticamente ambas as teses, de forma a propor uma terceira alternativa para que o indutor do art. 218 seja adequadamente punido, sem que para isso recorramos a quaisquer distinções extraleais, tal como ocorre quando se pretende dizer que o tipo abrange apenas “atos não sexuais”, e, ao mesmo tempo, também sem nos

21 Sobre essa relação, para não parecermos omissos à questão de grande relevância, cabe lembrar que atualmente ainda se discute, não obstante a existência da Súmula nº 593 do STJ, uma possível relativização da vulnerabilidade do menor na faixa etária de 12 a 14 anos – o que nos parece adequado, pois seria necessário analisar caso a caso antes de dizer que qualquer menor de 14 anos não teria autonomia de vontade para consentir com a prática de atos sexuais. Isso implicaria, então, em não cometimento de crime pelo terceiro que efetivamente mantém relação sexual com o menor, por ausência de tipicidade material. Consequentemente, o art. 218 seguiria a mesma lógica, pois não seria punível a participação num crime inexistente. Em se tratando de relação sem atos sexuais, a *fortiori* a interpretação seria a mesma, pois “quem pode o mais (ter relações sexuais), pode o menos”.

contentar com a correta, porém, insuficiente conclusão que chega a doutrina minoritária.

3 O Princípio da Vedação à Proteção Insuficiente: a Outra Faceta da Proporcionalidade

Quando falamos de proporcionalidade, é muito comum a remissão a ideia de proibição de excesso, sobretudo em matéria penal. Por ser o ramo do direito que restringe um dos mais caros direitos do ser humano – a liberdade –, traçar balizas para o exercício desse poder punitivo é imprescindível.

Aliás, basta olhar para a história e notarmos que os grandes temores das sociedades em geral foram provenientes mais da intervenção estatal do que da sua omissão. Não por acaso, após longo período de arbitrariedades praticadas pelo Estado até o Antigo Regime, as revoluções liberais preconizaram a necessidade de imposição de limites para a atuação estatal.

Ocorre que, conforme anota Barros²², os direitos fundamentais não podem mais ser pensados em uma perspectiva liberal, como direitos individuais vistos como barreira protetiva em face ao poder estatal.

No paradigma de um Estado Democrático de Direito, não podemos enxergar tais direitos sob uma ótica puramente clássica, sendo necessário ir além.

Por isso, concordamos com Alessandro Baratta²³ quando esclarece que, no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma política integral de proteção dos direitos, ou seja, o dever de proteção estatal requer um exame também sob a lente de uma atuação positiva, em que se preza pela segurança e confiança da sociedade no Estado.

Dessa forma, é preciso voltar os olhos também para as hipóteses em que a omissão estatal pode, igualmente, prejudicar esses direitos. É nesse sentido, então, que se encontra a outra faceta do princípio da proporcionalidade: a vedação à proteção insuficiente (ou deficiente).

Ora, sabe-se que não é apenas o Estado o transgressor de direitos. Os particulares também infringem deliberadamente as leis, e para que não regridamos aos tempos da autotutela, é incumbência constitucional do Estado intervir no conflito e prestar a tutela jurisdicional.

22 BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direitos e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013, p. 309-334, p. 316.

23 BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 2, 1999, p. 110.

Ademais, é este duplo viés da proporcionalidade que proporciona a aplicação de um direito penal efetivamente democrático.

Nesse sentido, assevera Maria Luiza Schafer Streck²⁴:

“Portanto, o Estado Democrático de Direito não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas também uma defesa contra qualquer poder social de fato! Estamos falando, então, nas palavras de Dieter Grimm, da proibição de ‘ir longe demais’ (*Übermassverbot*), em contraponto com a proibição de ‘fazer muito pouco’ (*Untermassverbot*), ambos mecanismos semelhantes, porém, vistos de ângulos diferentes.”

Essa evolução a qual refere-se a autora consiste justamente na ideia de que, no contexto de um Estado Democrático de Direito o qual nos situamos (*vide* art. 3º da CF/88), espera-se não somente que o Estado se abstenha de violar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas que também atue no sentido de promovê-los.

Dentro dessa perspectiva, assevera Ingo Sarlet²⁵ que

“a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente (...) a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal.”

Assim, de acordo com o autor, o Estado, também na esfera penal, poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou caso deixe de atuar, hipótese esta, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais²⁶.

Nesse sentido, Lenio Streck²⁷ salienta que há uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais (a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais), de modo que a inconstitucionalidade de uma norma pode

24 STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 80.

25 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, 2006, p. 162.

26 *Ibid.*, p. 178.

27 STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. *Revista do Ministério Público (Rio de Janeiro)*, Rio de Janeiro, 2005, p. 175.

admirar tanto do excesso do Estado como por deficiência na proteção de bens jurídicos importantes.

Isso quer dizer que o Estado detém um dever-poder de elaborar normas penais que ensejem a punição de indivíduos que tenham cometido violações graves aos direitos e garantias fundamentais de terceiros, não lhe sendo facultado omitir-se dessa atribuição. Assim, por exemplo, seria inconstitucional uma norma que conferisse ao crime de homicídio doloso, seja simples ou qualificado, um tratamento análogo aos crimes de menor potencial ofensivo, com penas inferiores a dois anos, pois haveria grave ofensa ao princípio da proporcionalidade na faceta aqui trabalhada.

Dentro desse contexto, outro que lembra a importância de se debater essa face oculta da proporcionalidade é Luciano Feldens²⁸:

“a doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção de proibição do excesso (*Übermassverbot*). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas como uma de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição do excesso, a proibição de infraproteção ou de proteção deficiente (*Untermassverbot*) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental.”

Como decorrência da vedação à proteção insuficiente, aponta Lenio Streck²⁹ a existência de um garantismo “positivo”:

“Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um *garantismo positivo*, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula ‘proibição de proteção deficiente’ (*Untermassverbot*).”

Essa expressão também é utilizada por Douglas Fischer³⁰, no seguinte contexto:

28 FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 108.

29 STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (“*übermassverbot*”) à proibição de proteção deficiente (“*untermassverbot*”) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista Juris*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, mar. 2005, p. 176-177.

30 FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA; Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo*

“Denominado de *garantismo positivo* (que, para nós, é indubitável ser aplicado *também* nas searas penal e processual penal), esse *dever de proteção* (no qual se inclui a *segurança dos cidadãos*) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos. (...) Ratificamos nossa compreensão no sentido de que, embora construídos por premissas diversas, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassa as balizas do excesso – *Übermassverbot* – e da deficiência – *Untermassverbot* – é *proporcional*) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o *equilíbrio* na proteção de *todos* (individuais ou coletivos) os *direitos e deveres* fundamentais expressos na Carta Maior.”

Analisando a ideia do garantismo no campo processual penal, Bedê e Senna³¹ afirmam que “garantismo penal não é sinônimo de impunidade”, não podendo, portanto, nem a defesa agir com deslealdade para conseguir uma absolvição a qualquer custo, e tampouco o Estado abusar do seu direito de punir.

Trata-se, pois, da tentativa de se fazer uma análise equilibrada dos ideais em torno do garantismo penal, rechaçando a defesa sob uma ótica que volte as atenções unicamente para o réu.

Entretanto, há quem entenda que essa ideia de um garantismo penal integral subverte os ideais de um verdadeiro garantismo, pois quem precisa de garantias é o indivíduo, a parte mais fraca, hipossuficiente da relação processual. Assim, então, aduz Elmir Duclerc³²:

“o reclame em favor de garantias *pro* poder punitivo resultará sempre na sua ‘desintegração’ (do garantismo), produzindo, aí sim, um desequilíbrio na relação de forças (estado x indivíduo) e dando fundamento, por consequência, a sistemas de ‘direito penal máximo’.”

Rechaçando a defesa de um garantismo “hiperbólico monocular” (eminentemente voltado para a defesa de direitos individuais), Douglas Fischer³³ afirma que

garantista no Brasil. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 43-44.

31 BEDÊ Jr., Américo; SENNA, Gustavo. Garantismo e (des)lealdade processual. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 80.

32 DUCLERC, Elmir. *Garantismo penal integral ou defensivismo diet?*. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/34576292-Garantismo-penal-integral-ou-defensivismo-diet.html>>. Acesso em: 23 out. 2019.

33 FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 36.

“a leitura mais racional da tese central do *garantismo* está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e *também* coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição.”

Dessa forma, Fischer critica a ênfase exclusiva sobre um *não fazer* por parte do Estado, como se esta fosse a única expressão do garantismo penal.

Quer se considere a existência do chamado “garantismo positivo” ou não, o fato é que não podemos olvidar que a proteção de direitos e garantias fundamentais se faz mediante um *fazer* e *não fazer* por parte do Estado, de modo que a vedação à proteção insuficiente é uma fundamental ferramenta a serviço da sociedade para que se possa exigir do Judiciário a sua aplicação no caso concreto, e do próprio legislador, para que este não deixe de regular, por intermédio de normas jurídicas, situações que demandam a tutela de direitos fundamentais, bem como evite a criação de normas deficientes nesse sentido.

Na medida em que são os direitos fundamentais, portanto, segundo uma concepção contemporânea, decisões axiológicas consensualmente aceitas que incidem sobre todo o ordenamento jurídico como normas objetivas de base principiológica³⁴, impõe-se o seu respeito num regime democrático sério, seja pelo Estado ou pela coletividade de particulares.

4 A Inconstitucionalidade do Art. 218 do Código Penal: Adotando uma *Terza Via*

Quando analisamos os argumentos da corrente majoritária quanto à aplicação da teoria monista na interpretação do art. 218 do CP, deparamo-nos com um grave problema juridicamente insuperável, qual seja a mitigação do princípio da legalidade, corolário de qualquer sistema penal minimamente garantista.

Conforme bem salientado pela doutrina minoritária, o referido princípio não pode simplesmente ser “jogado para escanteio”, ainda que isso acarrete em indevida desproporção das responsabilizações penais entre indutor e autor do crime de estupro de vulnerável (quando este efetivamente ocorre). Por esse motivo, contendo ou não atos sexuais, aquele que induzir alguém menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem responderá pelo crime de corrupção de menores, prevalecendo o entendimento de que o legislador criou uma exceção à teoria monista.

34 PESSOA, Carlos Eduardo Queiroz; PESSOA, Yldry Souza Ramos Queiroz. A análise da redução da maioridade penal à luz do art. 228 da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013, p. 193-224, p. 208.

A proposta que pretendemos com este estudo é justamente extrair o que há de correto em ambas as teses. Concordamos, pois, que a responsabilização penal do indutor, na situação descrita abstratamente pelo art. 218, deveria obedecer à teoria monista, pois não há razão para a distinção das penalidades, sobretudo com uma diferença tão significativa.

Por outro lado, entendemos ser inviável a divisão do tipo penal quanto à natureza sexual dos atos, uma vez que o legislador assim não o fez.

É por isso que o único caminho que vislumbramos para garantir o respeito ao princípio da legalidade e a adequada punição ao corruptor de menor é justamente através do reconhecimento da inconstitucionalidade do tipo penal em questão, sob o fundamento da proteção insuficiente que o legislador conferiu aos menores de 14 anos, vítimas do crime previsto no art. 218 do CP.

Um dos motivos pelo qual defendemos a necessidade de manutenção da teoria monista pode ser entendido pelo seguinte exemplo: imaginemos, hipoteticamente, um caso de omissão imprópria em que a mãe de uma criança de 10 anos se omite ao saber que sua filha vem sendo sexualmente violentada por um parente. Porém, ela nada faz a respeito. Nesse caso, essa mulher seria responsabilizada por crime idêntico ao de seu marido, qual seja, o estupro de vulnerável, consoante o disposto no art. 13, § 2º, *a*, do Código Penal.

Agora, caso essa mesma mãe esteja em conluio com tal parente da menor e induza a própria filha à prática do ato, essa conduta seria enquadrada no art. 218 do CP.

O que pretendemos demonstrar é que a mãe omissa responde por penas muito superiores em relação àquela que age em conluio com o parente da criança, não havendo qualquer explicação razoável para tanto.

Ressalta-se que, de forma alguma, criticamos a regra de punição dos crimes omissivos impróprios. Concordamos que a mãe omissa deva ser responsabilizada como se autora de estupro de vulnerável fosse. Todavia, a mesma sanção deveria ser dada ao seu comportamento comissivo.

No caso em apreço, portanto, ainda que não tivéssemos recorrido ao exemplo da omissão imprópria, entendemos que não há razoabilidade alguma na adoção de uma exceção à teoria monista, pois a conduta de induzir um menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem, além de socialmente bastante reprovável, é ato sem o qual a relação talvez jamais existisse.

Não obstante, como já explicado no item 2, a subsistência do art. 218 no ordenamento jurídico-penal, se interpretado apenas quando não há atos de

cunho sexual (conforme preconiza a corrente majoritária), levaria ao absurdo de se punir o indutor, mas não o terceiro beneficiado.

Outro ponto também incoerente ocorre ao invertermos os atores nessa relação triangular. Caso, por exemplo, um adulto fosse induzido por outro a ter relações sexuais com um menor de 14 anos (hipótese mais remota, porém não impossível), o efeito prático seria o mesmo – um menor se relacionando com um adulto –, modificando-se apenas o destinatário da indução. Todavia, as punições seriam diferentes (e mais pesadas), mesmo em face de uma situação equivalente ou ainda mais grave que a prevista no art. 218.

Por esses motivos, percebe-se que o referido dispositivo, à luz de qualquer ótica, demonstra ser absolutamente imprestável para os fins pretendidos, não resistindo a um exame de proporcionalidade sob a ótica da vedação à proteção insuficiente.

Nesse sentido, é válido também ressaltar que o próprio Supremo Tribunal Federal e a Procuradoria-Geral da República já atribuíram força normativa a este princípio, conforme ADIn 4.424³⁵ e RE 418.376³⁶.

Esse último caso é ainda mais emblemático, pois o STF manteve a condenação do réu que estuprou sua sobrinha aos nove anos de idade e manteve com ela relações sexuais até seus 12 anos, quando a engravidou e, a partir desse momento, passaram a viver juntos. A defesa, então, requereu a equiparação da união estável ao casamento para fins de extinção da punibilidade, com base no já revogado art. 107, VII, do CP³⁷. Porém, os ministros, por maioria, negaram provimento ao recurso, tendo sido utilizado como um dos fundamentos a proibição da proteção insuficiente para que fosse garantida a dignidade sexual da menor.

Em julgado mais recente, o STF também reconheceu a proibição da proteção deficiente como uma faceta do princípio da proporcionalidade, senão vejamos:

“QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECEER OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 4.424*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 28 maio 2019.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário 418.376/MS*. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 28 maio 2019.

37 Assim previa o dispositivo: “Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (...) VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;”.

SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. *FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE.* (...) 7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; *in casu*, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal. (...)”³⁸ (grifo nosso)

Feitas essas considerações, inegável é a força normativa que detém o princípio da vedação à proteção deficiente em nosso ordenamento jurídico. Por esse motivo, a tese que propomos é que, com base nele, o art. 218 seja declarado inconstitucional, não sendo mais necessário realizar forçosas engenharias jurídicas para salvar um tipo penal que sequer possui salvação.

Conclusão

Conforme analisado no decorrer deste trabalho, a principal discussão que gira em torno da aplicação do art. 218 do CP, na prática, é quanto à possibilidade de distinção entre “atos sexuais” e “atos não sexuais”. No primeiro caso, entende a doutrina majoritária que estaríamos diante do crime de estupro de vulnerável, ao passo que, no segundo, no âmbito de incidência do referido tipo penal.

Não obstante acreditemos que não há razão jurídica relevante alguma para que o legislador fizesse uma exceção à teoria monista, o princípio da legalidade nos impede de interpretar o dispositivo da forma pretendida pela doutrina majoritária.

Assim, o intuito de buscar uma responsabilidade penal mais coerente com os direitos do menor de 14 anos, que tem a sua dignidade sexual violada

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de ordem na repercussão geral no recurso extraordinário 966.177*. Brasília, 2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049106>>. Acesso em: 28 maio 2019.

ao ser induzido a satisfazer a lascívia de terceiro, deve o princípio da vedação à proteção insuficiente ser visto como uma importante ferramenta para a fundamentação da inconstitucionalidade do art. 218 do CP, evitando, assim, todos os imbróglis causados pela vigência de um tipo penal absolutamente imprestável e desnecessário.

Somente dessa forma evitaremos interpretações equivocadas que, a despeito do fim pretendido ser o adequado, utiliza-se de meios que violam o princípio da legalidade, corolário mais basilar de um direito penal democrático e minimamente comprometido com os direitos e garantias fundamentais.

TITLE: Criminal liability of an inductor as per Article 218 of the Penal Code: a reinterpretation in the perspective of the principle of prohibition of insufficient protection.

ABSTRACT: The purpose of this study is to present a critical analysis about the wording of Article 218 of the Penal Code regarding the principle of prohibition against insufficient protection. This is an attempt to demonstrate how this principle can, in light of the imbroglis created by the lawmakers and rejecting the ideas of most jurists on the subject, serve as a basis to guarantee the most adequate criminal reprimand in relation to the conduct that is categorized as criminal solicitation of a minor. Thus, an approach will be taken referring to the nuances about the principle of prohibition against insufficient protection according to the Law and the Criminal Proceedings and under the perspective of a Democratic State Ruled by Law, in which the defense of rights and fundamental guarantees is also achieved by the positive action of the State.

KEYWORDS: Insufficient Protection. Proportionality. Positive Guarantee of Civil Liberties.

Referências

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 2, 1999.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direitos e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013, p. 309-334.

BEDÊ Jr., Américo; SENNA, Gustavo. Garantismo e (des)lealdade processual. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agão Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 4.424*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 28 maio 2019.

_____. _____. *Acórdão no Recurso Extraordinário 418.376/MS*. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 28 maio 2019.

_____. _____. *Questão de ordem na repercussão geral no recurso extraordinário 966.177*. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049106>>. Acesso em: 28 maio 2019.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DUCLERC, Elmir. *Garantismo penal integral ou defensivismo diet?*. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/34576292-Garantismo-penal-integral-ou-defensivismo-diet.html>>. Acesso em: 23 out. 2019.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018.

JORIO, Israel Domingos. *Crimes sexuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PESSOA, Carlos Eduardo Queiroz; PESSOA, Yldry Souza Ramos Queiroz. A análise da redução da maioridade penal à luz do art. 228 da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013, p. 193-224.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. v. II.

QUEIROZ, Paulo (Coord.). *Curso de direito penal: parte especial*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (“übermassverbot”) à proibição de proteção deficiente (“untermassverbot”) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, mar. 2005.

_____. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. *Revista do Ministério Público (Rio de Janeiro)*, Rio de Janeiro, 2005.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Recebido em: 04.12.2019

Aprovado em: 21.01.2020