

Callegari: Presunção de violência e princípio da proporcionalidade

Em recente decisão, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou, de forma excepcional, a [presunção de consumação de estupro de vulnerável](#) no caso de um adolescente condenado por manter relações sexuais com menor de 14 anos. Relator do caso, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca analisou as nuances do caso concreto e propôs a aplicação de um *distinguishing* (distinção) para a tese, entendendo que a manutenção da condenação do jovem, hoje com 20 anos, à pena de 14 anos de prisão causaria injustiças irreparáveis [1].



A decisão do voto condutor é irreparável e merece reflexão sobre a

presunção de violência nos crimes sexuais, principalmente nos casos que envolvem adolescentes. Analisamos o caso sob outro fundamento, qual seja, se a conduta de fato estaria de acordo com o princípio da proporcionalidade no Direito Penal. O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto de tutela e a consequência jurídica. Assim, trata-se de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: se se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão prever-se penas que resultem desproporcionais com a gravidade da conduta [2].

Diante dessa argumentação, a primeira ponderação é se a intervenção do Direito Penal resulta rentável para obter a tutela do bem jurídico: se a matéria é própria do Direito Penal e se compensa a utilização do poder punitivo do Estado. É que em relação à dignidade dos bens jurídicos se depreende, de um lado, a necessidade de um reconhecimento constitucional e, de outro, uma materialidade suficiente no bem jurídico. Precisamente do princípio da proporcionalidade se depreende a necessidade de que o bem jurídico tenha a suficiente relevância para justificar um ameaça de privação de liberdade em geral, e uma efetiva limitação dela em concreto [3].

Também deve ser levado em consideração a gravidade da conduta, isto é, o grau de lesão ou perigo ao qual se expõe o bem jurídico, pois este tem que ser suficientemente importante para justificar a intervenção do Direito Penal. Assim, por mais importante que seja o bem jurídico

— liberdade individual, no caso — um ataque ínfimo a essa não pode justificar a intervenção do Direito Penal [4].

De acordo com Mourullo, o princípio da proporcionalidade orienta para o ordenamento jurídico-penal a vigência do valor "liberdade", entendido genericamente como autonomia pessoal. Se tal autonomia se constitui, senão no principal, em um dos principais eixos axiológicos fundamentais do sistema democrático de organização e de convivência social, resultará que as normas penais, enquanto singularmente restritivas da liberdade, só encontraram legitimação em sua funcionalidade para gerar mais liberdade da que sacrificam. Em outro caso, elas serão qualificadas de normas injustificadas por desproporcionadas. Tal desproporção poderá provir da falta de necessidade da pena, no sentido de que uma pena menor ou uma medida não punitiva podem alcançar os mesmos fins de proteção com similar eficácia [5].

O segundo foco de desproporção não radica no excesso da pena em comparação com medidas de menor intensidade coativa, mas no excesso derivado da comparação direta da pena com a lesividade da conduta. A esse segundo tipo de análise interna da proporcionalidade normalmente denomina-se juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Pressuposto, em qualquer caso, de ambos os juízos de proporcionalidade é que o bem jurídico-penal seja uma condição de liberdade — que a norma aporte, ademais de inconvenientes, vantagens em termos de liberdade — e que a pena seja qualitativamente idônea — que seja instrumental — para alcançar os fins de proteção perseguidos. Sem esses dois pressupostos não pode haver ganhos em termos de liberdade que compensem as perdas de autonomia pessoal que inexoravelmente acarreta a intervenção penal [6].

Roxin, seguindo um critério similar, fala de danosidade social e comenta que uma conduta só pode estar proibida mediante imposição de uma pena quando resulta de todo incompatível com os pressupostos de uma vida em comum pacífica, livre e materialmente segura [7]. Acrescentamos, no ponto, que essa conduta só pode estar proibida, ainda, mediante uma pena justa em face do que se protege. É que o moderno Direito Penal não se vincula hoje à imoralidade da conduta, mas ao dano social, é dizer, a sua incompatibilidade com as regras de uma próspera vida em comum. Disso se segue, ao contrário, que uma conduta imoral deve permanecer impune quando não altera a pacífica convivência [8].

Sob o argumento do dano social, também se extrai do que leciona Roxin que uma conduta só deve estar incriminada quando for incompatível com a vida pacífica e isso significa que não se pode utilizar a presunção de violência em todas as situações sem fazer a devida distinção do caso concreto para verificar se a pena deve ser a medida justa no caso concreto. Por sua vez, Mir Puig refere que a importância social do bem merecedor de tutela jurídico-penal deve estar em consonância com a gravidade das consequências próprias do Direito Penal. Assim, o uso de uma sanção tão grave como a pena privativa de liberdade tem como pressuposto uma infração igualmente grave. E, ainda quando se mostra de acordo que os bens jurídicos protegidos devem ser os reconhecidos constitucionalmente, menciona que seria evidentemente contrário ao princípio da proporcionalidade protegê-los de todo ataque, inclusive ínfimo, sem requerer um mínimo de afetação do bem [9].



No caso concreto, ainda que a conduta se amolde ao tipo penal do artigo 213, CP, deve-se fazer a devida distinção como o fez corretamente o ministro Reynaldo Soares, não só pela aplicação do *distinguish*, mas também pela ponderação da proporcionalidade de aplicação de uma pena ao caso julgado pela 5ª Turma do STJ. Diante de uma família já constituída, seria correto e proporcional aplicar a pena privativa de liberdade? Acreditamos que não. Portanto, sob os fundamentos do voto e sob a proporcionalidade no Direito Penal o caso foi corretamente julgado e oxalá os tribunais sigam essa orientação.

[1] <https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/stj-afasta-presuncao-crime-estupro-vulneravel>.

[2] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios fundamentales*. 3ª. Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 210.

[3] CARBONELL MATEU, Juan Carlos, p. 210.

[4] CARBONELL MATEU, Juan Carlos, p. 211.

[5] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Delito y Pena em al Jurisprudencia Constitucional*. Madrid: Civitas, 2002, p. 74.

[6] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, pp. 74/75.

[7] ROXIN, Claus; *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 21.

[8] ROXIN, Claus, ob. cit., 21.

[9] MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 162 e ss.