

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA VERTENTE DA PROIBIÇÃO DEFICIENTE AO BEM JURÍDICO COMO UM MEIO PARA CORRIGIR DISTORÇÕES NA LEI PENAL

PIRES, Ana Paula de Souza¹

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli

RESUMO: o presente artigo, através de pesquisa bibliográfica, doutrinas, legislação e jurisprudência brasileiras, possui o objetivo de analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do direito penal, notadamente no que se refere às suas duas vertentes: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. A partir do estudo de casos concretos da prática jurídica atual, assim como das consequências ao bem jurídico quando da inaplicabilidade de aludido princípio pelo legislador, buscar-se-á a verificação de como os mecanismos de controle criados para assegurar a concretização dos direitos fundamentais estão sendo aplicados na tutela constitucional, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Buscando alcançar os objetivos propostos, a pesquisa será feita por meio do método exploratório e dedutivo, isto, diante do enfoque crítico pretendido.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da proporcionalidade; excesso; deficiência; omissão estatal.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Uma aproximação ao princípio da proporcionalidade; 1.1. Proporcionalidade e razoabilidade; 1.2. Da proibição do excesso à proibição da proteção deficiente; 2. O mandado de injunção e a ADI por omissão como métodos de implementação da proporcionalidade; 3. Hipóteses penais que demonstram desrespeito à proteção jurídica deficiente e à proibição do excesso; 3.1. Estupro e atentado violento ao pudor; 3.2. Tráfico de drogas e o art. 273 do CP; 3.3. Analogia entre racismo e homofobia; 4. Conclusões; 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O princípio da proporcionalidade nada mais é que um critério utilizado pelos juristas como um mecanismo de ponderação entre os meios empregados e os fins pretendidos, de modo que sua aplicação, sobretudo no direito penal, é de suma importância, haja vista que seu objetivo precípuo consiste em balancear a tutela de bens jurídicos com a restrição à liberdade.

¹ Discente do 10º período do Curso de Direito da Libertas Faculdades Integradas.

Referido princípio possui duas vertentes, quais sejam: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. A primeira consiste no dever de abstenção por parte do Estado, enquanto a segunda, ao revés, diz respeito ao dever de intervenção estatal.

Assim sendo, o presente artigo foi dividido em três pontos principais. O primeiro, denominado “uma aproximação ao princípio da proporcionalidade”, objetiva conceituar referido princípio. Ademais, estabelece suas principais funções dentro do ordenamento jurídico brasileiro e também seus meios de atuação, além de apresentar seus subprincípios como métodos de legitimidade da intervenção do Estado. Através de suas duas subdivisões, foi possível traçar um parâmetro de diferenciação com o princípio da razoabilidade, além de elucidar de forma objetiva, a sua dupla face.

No próximo capítulo, foi elaborado um estudo doutrinário acerca dos mecanismos de controle de omissões estatais, isto é, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que foram delineadas suas principais peculiaridades, procedimentos e aplicações no direito penal.

Por fim, o último capítulo trouxe alguns exemplos concretos de como a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade em nosso sistema jurídico ocasiona desequilíbrios de ordem constitucional, e através de pesquisa jurisprudencial, foi possível compreender de que forma aludido princípio vem sendo aplicado pelos Tribunais brasileiros.

1. UMA APROXIMAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter se destacado pelo fato de positivar inúmeros princípios constitucionais, com o escopo de dar adequado funcionamento ao Estado Democrático de Direito, não trouxe previsão expressa para o princípio da proporcionalidade, assim, temos que se trata de um princípio implícito. Apesar disso, não há qualquer impedimento para sua aplicação, em especial no controle de legalidade de atos estatais, e também a fim de evitar decisões desproporcionais, seja pelo excesso, ou pela insuficiência.

Sua principal função reside em conferir segurança aos particulares, uma vez que estabelece restrições à liberdade individual, atribuindo legitimidade apenas àquelas intervenções que se encontrarem em consonância com a necessitada tutela imposta aos bens jurídicos em questão.

Referido princípio é amplamente utilizado na esfera dos direitos fundamentais, cujo objetivo central é limitar o poder punitivo do Estado. Supracitado princípio é o principal

mecanismo de tutela da ordem constitucional atual, e por esse motivo, é alvo de inúmeras reflexões.

Além de atuar como instrumento de eficácia positiva, evitando o cometimento de excesso contra os direitos fundamentais individuais, aludido princípio viabiliza a utilização de instrumentos que permitem averiguar quais as medidas apropriadas na solução dos casos concretos.

O modelo político adotado pelo Estado Democrático de Direito determina que toda a atividade estatal seja vinculada pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos, pois assim, têm-se “um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada” (BITTENCOURT, 2016, p. 206).

Assim sendo, é fundamental a harmonização de três elementos, a saber: a) adequação: a finalidade política é ditada por valores éticos oriundos da Constituição Federal, objetivando adequar o meio ao fim desejado, b) necessidade: a medida não pode ultrapassar os limites substanciais à defesa do fim pretendido, ou seja, há de se dosar o meio empregado, escolhendo a medida menos nociva aos interesses do cidadão, c) proporcionalidade em sentido estrito: se justifica na obrigação de fazer uso de meios adequados e na proibição de uso de meios desproporcionais.

Insta salientar que referidos instrumentos se relacionam de forma subsidiária, sendo que a análise da necessidade apenas é exigida se não houver solução do caso através da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito apenas é cabível se não tiver sido possível a resolução através das regras anteriores. A aferição dessa ordem é de extrema importância, pois a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica na utilização dos três subprincípios.

Sobre os subprincípios em questão:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca (ÁVILA, 2007, p. 51 apud COIMBRA, 2018, p. 3).

O princípio da proporcionalidade é elementar no campo penal, levando em consideração que orienta a estruturação dos tipos penais através da escolha ponderada das condutas que são penalmente relevantes. Além disso, aludido princípio é o responsável por impor limites à

atividade do legislador penal, posto que determina a legitimidade da intervenção estatal na liberdade individual dos cidadãos.

Como o direito penal é a *ultima ratio*, ou seja, sua intervenção se legitima apenas quando os outros ramos do ordenamento jurídico não forem suficientes para proteção do bem jurídico, a intervenção estatal deve ser pautada em mencionado princípio, na medida em que a proporção adequada se torna condição da legalidade (BONAVIDES, 2004, p. 398) e a inconstitucionalidade é verificada quando os meios forem excessivos e injustificados, ou seja, desproporcionais. Isto significa que:

O legislador ordinário não pode, ao seu bel prazer, optar por meios "alternativos" de punição de crimes ou até mesmo pelo "afrouxamento" da persecução criminal sem maiores explicações, ou seja, sem efetuar prognoses, isto é, a exigência de prognose significa que as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. Não há grau zero para o estabelecimento de criminalizações, descriminalizações, aumentos e atenuações de penas (STRECK, 2008).

Assim sendo, é possível depreender que o emprego do princípio da proporcionalidade mostra-se como instrumento adequado a propiciar a incidência de garantias constitucionais, permitindo, em último recurso, que subsistam os principais direitos fundamentais referentes ao Estado Democrático de Direito.

1.1. Proporcionalidade e razoabilidade

Apesar de serem constantemente confundidos, ambos os termos não são sinônimos, uma vez que expressam concepções jurídicas distintas, mesmo possuindo objetivos semelhantes.

A expressão razoabilidade se caracteriza pela existência de uma estreita relação entre os meios empregados pelo legislador quando da elaboração de uma norma e os fins que visa atingir, de modo que somente se houver razoabilidade entre essas condutas, será possível a restrição de algum direito individual.

Essa configuração deixa clara a sua ausência de identidade com a regra da proporcionalidade, uma vez que este conceito diz respeito apenas ao primeiro subprincípio da proporcionalidade, qual seja, à exigência de adequação. Por sua vez, a regra da proporcionalidade é mais ampla, haja vista que não se esgota na análise da compatibilidade entre os meios e os fins.

A vista disso, é possível asseverar que “uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e, quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens” (PRADO, 2014, p.118).

1.2. Da proibição do excesso à proibição da proteção deficiente

O fundamento precípua de um Estado Democrático de Direito reside na aplicação de normas democráticas a fim de proteger os direitos fundamentais. Assim sendo, vige uma política de proteção integral ao cidadão, de modo que o dever de proteção estatal não atua somente como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva.

Senão vejamos:

Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência. O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o uso sinônimo de regra da proporcionalidade e proibição de excesso (SILVA, 2002, P. 26-27).

O princípio da proporcionalidade, quando utilizado de forma adequada, possibilita que as interpretações jurídicas viabilizem a incidência da proporcionalidade em sua dupla face, isto é, como meio de buscar a proibição do excesso ou de evitar a proteção jurídica deficiente.

Assim, têm-se uma dupla proteção dos direitos fundamentais, uma vez que tanto o excesso, como a omissão do poder estatal, constituem típicas manifestações de desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Dessa forma, a Constituição determina que o cidadão deve ser protegido frente ao Estado e através do Estado, inclusive por meio de medidas punitivas.

O princípio da proporcionalidade para a elaboração das normas é dividido em duas vertentes: proibição do excesso (*Übermassverbote*) e proibição da proteção deficiente (*Untermassverbote*). A primeira, funciona como proibição da intervenção da liberdade dos cidadãos, ou seja, se refere ao dever de abstenção por parte do Estado, pois prevalece o encargo protecionista quanto aos excessos em suas próprias condutas. A segunda, por sua vez, é

caracterizada pelo dever estatal de intervenção quando necessário à proteção da população, ou seja, é utilizado como meio de proteção contra as omissões do Estado.

Neste sentido, conforme os ensinamentos de Streck:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente (2004, p. 8).

Pela vedação da proteção insuficiente, entende-se que o Estado deve utilizar-se de meios suficientes e aptos a atingir a proteção adequada e, por conseguinte, efetiva. Assim, tem-se que a proporcionalidade não se exaure apenas no âmbito da proibição do excesso, mas também no sentido de vedar a proteção insuficiente.

Isto significa que, conforme ensina Streck (2003, p.279, apud GONÇALVES, 2007, p. 58):

(...) o legislador ordinário não tem liberdade nem para criminalizar, nem para descriminalizar. Dizendo de outro modo, para retirar a proteção penal – o Estado-legislador deve provar que o direito penal (ou a norma de processo penal que impõe exigências para alcançar a liberdade) tornou-se desnecessário.

Essa percepção da proporcionalidade coaduna com o princípio da intervenção mínima, o qual estabelece que o Estado de direito utilize a lei penal como último recurso (*ultima ratio*). Além disso, prevê que as “sanções penais não são adequadas quando meios menos gravosos de controle social são suficientes, mas oferece uma lente para que este exame de suficiência seja efetuado a partir da constituição” (GONÇALVES, 2007, p. 58).

Todavia, nas situações em que os meios de controle se mostram ineficazes, a ausência de emprego de sanções penais, pode ser considerada como deficiente, e, não obstante não se possa alegar que qualquer ofensa a direito fundamental deve ser criminalizada, a proteção penal na qual a existência desses direitos se condiciona, é assinalada como critério de reconhecimento para referidos direitos.

De acordo com Gonçalves (2007, p. 110) “as medidas de cunho penal (...) poderão ser necessárias para o alcance dos objetivos inerentes ao nosso modelo de organização social”, isto é, ao Estado Democrático de Direito, posto que a proporcionalidade não se restringe aos limites

da atuação estatal em face da liberdade individual, uma vez que também se aplica aos casos em que a omissão estatal ao tipificar e punir condutas, deixa de resguardar direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade, em sua integralidade, possui a função de estabelecer os limites máximos e mínimos das intervenções realizadas pelo Estado, principalmente no que se refere ao âmbito do Direito Penal, posto que este é o responsável por zelar pela proibição de despotismos estatais, além de implementar as necessidades fundamentais da sociedade como um todo, conforme convencionado nos mandados de criminalização constitucionalmente previstos.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E A ADI POR OMISSÃO COMO MÉTODOS DE IMPLEMENTAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

Mendes (2010, p. 217), com muita propriedade assevera que “as normas constitucionais devem adquirir eficácia plena para sua efetiva aplicação”, assim, é possível depreender que a inatividade das mesmas ameaça a própria ordem constitucional.

As Constituições anteriores à de 1988 continham normas que demandavam legislação regulamentadora, todavia, se constatada inércia do legislador, estas jamais se efetivavam. Assim, visando afastar a incidência de omissões inconstitucionais, a Constituição de 1988 introduziu dois mecanismos contra às omissões legislativas, quais sejam, o mandado de injunção (MI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). Ambos se destinam à defesa de direitos individuais contra a omissão estatal, todavia, há algumas diferenças pontuais que merecem ser analisadas.

O art. 5º, LXXI da Constituição, disciplinado pela Lei 13.300/16, que regulamenta o processo e julgamento dos mandados de injunção individuais e coletivos, prevê que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

De acordo com Moraes (2010):

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais (p. 171).

Ademais, é possível constatar que se trata de um instrumento voltado para a defesa de direitos subjetivos em face da omissão do legislador ou de qualquer outro órgão atribuído de poder regulatório, criado “com vistas a sanar o problema da ineficácia das disposições constitucionais que concediam direitos sociais [...]” (MENDES, 2015, p. 1222).

A adoção de referido instrumento tem ensejado inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente no que diz respeito ao conteúdo, significado e amplitude das decisões. Alguns doutrinadores sustentam que sua utilização é condicionada à difusão de regras processuais. Outros declaram que por se tratar de um mecanismo utilizado contra a omissão no exercício de direitos constitucionais, cabe ao juiz proferir decisão concreta visando o exercício de direito subjetivo. Uma corrente diversa assevera que aludido instrumento destina-se a verificar a existência de omissão impeditiva de exercício de direito constitucionalmente assegurado.

Entretanto, temos que predomina a corrente concretista individual intermediária, com base no art. 8º, *in verbis*, que estabelece que, em sido reconhecido o estado de mora, o juiz deferirá uma ordem autorizando a edição da norma regulamentadora, dentro de um prazo razoável. Passado esse prazo e não editada a norma, cabe ao Judiciário agir em consonância com os ditames legais, conferindo ao impetrante o direito de utilizar-se de seu direito constitucional subjetivo denegado pela falta de regulamentação.

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

A adoção desse instituto ocasionou a propositura de diversas ações perante o Supremo Tribunal Federal, obrigando-o a apreciar a questão relativa à aplicação do mesmo e também a decidir sobre a natureza desse instituto na ordem constitucional brasileira.

Assim, o mandado de injunção tem “por objeto o não cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afeta direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania)” (MENDES, 2015, p. 1224).

Apenas as normas constitucionais de eficácia limitada podem ser objeto do mandado de injunção, isto, diante da necessidade de atuação posterior para que sejam aplicáveis. Nesse sentido:

Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação “mais justa” da lei existente (MORAES, 2010, p. 172).

Assim como tem sido assentado, essa omissão pode ter caráter total ou parcial. Na primeira hipótese, têm-se a inércia do legislador que pode impedir totalmente a implementação da norma constitucional. A segunda hipótese, por sua vez, consiste na “execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever” (MENDES, 2015, p. 1197).

Ele pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica que se declarar titular de direitos, liberdades ou prerrogativas referidas no supracitado art. 2º da Lei 13.300/16, e como impetrado são legitimados o Poder, órgão ou a autoridade incumbida de editar norma regulamentadora.

Recebida a petição inicial, é determinada a notificação do impetrado e dada ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para que, querendo, integre o polo passivo. A inicial pode ser indeferida de plano, caso a impetração for incabível. Por se tratar de decisão interlocutória, cabe agravo.

No entanto, caso seja reconhecido o estado de mora legislativa, nos termos do artigo 8º de aludida lei, a injunção será deferida para:

- I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
- II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Em regra, por resguardar direitos subjetivos, possui efeito *inter partes*, todavia, a decisão poderá ter efeito erga omnes, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados da decisão transitada em julgado, exceto se a norma editada for mais benéfica.

No que se refere ao mandado de injunção coletivo, os legitimados são aqueles previstos no art. 12 da mencionada lei, *in verbis*:

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal .

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Nesta hipótese, a sentença faz coisa julgada apenas às pessoas integrantes da coletividade, sendo que não induz litispendência aos individuais, porém, seus efeitos não beneficiam o impetrante que não desistir da demanda individual no prazo de 30 dias contados da ciência comprovada da impetração coletiva.

Por sua vez, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão), foi introduzida no art. 103, §2º da Constituição. A Lei 12.063/09 acresceu o capítulo II-A à Lei 9.868/99, estabelecendo a disciplina processual de referido instrumento. Cuida-se de ação reservada a afrontar a omissão do poder público diante de norma constitucional, todavia, não envolve somente a questão relativa à eficácia das normas constitucionais, uma vez que desafia a habilidade do jurista para a solução do conflito.

Como as inovações trazidas pelo constituinte ao inserir o mandado de injunção e a ADI por omissão não foram antecipadas por estudos avançados, têm-se um enorme clima de insegurança jurídica acerca da aplicação desses institutos.

Neste contexto, conforme reforça Mendes:

É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo, no Brasil, para definir o significado, o conteúdo, a natureza desses institutos. Todos os que, tópicamente ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à

omissão inconstitucional, não de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da constituição (2015, p.1195).

Não obstante o esforço empreendido pela doutrina e jurisprudência, inúmeras teses sobre a omissão inconstitucional não receberam uma resposta apropriada, dado o seu recente reconhecimento no Brasil e conseqüentemente, sua aplicação restrita.

O processo de controle de omissão tem o intuito de defender a ordem fundamental contra condutas a ela incompatíveis. Por sua própria natureza, não se presta à defesa de situações individuais, posto que visa a tutela da ordem jurídica. Assim, os órgãos ou entes legitimados atuam como um advogado do interesse público, e não como autores, bastando o interesse público de controle para que seja possível a sua instauração.

O art. 103, caput, em seus incisos I a IX, trazem os entes e órgãos legitimados a propor a ADI por omissão. Ressalte-se que dispõe de iniciativa tanto o Presidente da República, como os integrantes da Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Desse modo, com exceção dos casos de iniciativa privativa de órgãos de outros poderes, Supremo Tribunal Federal, por exemplo, esses órgãos estariam impedidos de propor a ação, pois, uma vez que responsáveis pelo estado de inconstitucionalidade, seriam os primeiros a receberem um comando judicial de fazer, em eventual procedência da ação. No entanto, diante da falta de definição acerca da questão, os entes e órgãos legitimados, salvo as exceções, poderiam instaurar o controle abstrato de omissão.

Com o advento da Lei 12.069/09, que introduziu, dentre outros, o art. 12-A na Lei 9.868/99, a questão foi pacificada, restando estabelecido que “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade”.

De acordo com o art. 103, §2º, a ADI por omissão objetiva a efetividade da norma constitucional, por meio da ciência ao Poder competente, para que este tome as providências cabíveis, e o Supremo Tribunal Federal, guardião da legislação constitucional, é o órgão competente para julgamento do supracitado instrumento (art. 102, I, a).

Segundo o art. 12-B, I, da Lei 12.063/09, a petição inicial deve indicar “a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”, sendo assim, o objeto dessa ação pode ser a omissão legislativa estadual ou federal, assim como as omissões administrativas que atinjam a efetividade da Constituição, através da omissão do exercício do poder regulamentar ou de atos administrativos.

A concretização da ordem fundamental instituída na Constituição demanda a existência de lei. Dessa forma, concerne ao legislador o poder dever de construção do Estado constitucional. Nesse contexto, a omissão legislativa consiste no objeto fundamental da ADI por omissão, uma vez que as “peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional” (MENDES, 2015, p. 1203). Da mesma forma, a inércia das Casas Legislativas igualmente podem ser objeto dessa ação.

Do mesmo modo que no mandado de injunção, tem-se aqui a omissão absoluta, nos casos em que o legislador não exerce a providência pretendida, e também a omissão parcial, quando há o atendimento incompleto a determinado ato normativo. Todavia, o Supremo Tribunal Federal apenas reconhece a omissão inconstitucional se constatado o descumprimento do dever legislativo.

Com relação ao procedimento, como já dito anteriormente, a petição inicial deve indicar a omissão, total ou parcial. Esta pode ser indeferida liminarmente, se inepta, não fundamentada ou evidentemente improcedente. Contra esta decisão, poderá ser interposto agravo. Diante da objetividade do processo, é impossível desistência.

Após sua propositura, o relator solicitará informações às autoridades indicadas, no prazo de 30 dias, contados do recebimento do pedido. Os demais legitimados podem atuar como *amicus curiae*, apresentando manifestação escrita e alegações finais, devendo integrar o processo no mesmo prazo das informações. A aplicação subsidiária das normas que tratam a respeito da ADI e da ADC (art. 12-E) permitem a nomeação de peritos e designação de audiência pública.

Além disso, o relator tem a faculdade de solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União no processo, após a apresentação das informações, no prazo de 15 dias. No mesmo prazo, quando não figurar como autor, o Procurador-Geral da República deverá ser ouvido. Após sua oitiva, cabe ao relator sua análise e julgamento.

Uma diferença substancial entre as duas diz respeito ao resultado da decisão em ambos, pois, no controle da inconstitucionalidade por omissão, a decisão judicial consiste em dar ciência ao Poder competente, para que este tome as providências cabíveis, enquanto “a decisão judicial no mandado de injunção torna viável o exercício dos direitos constitucionalmente previstos” (TEMER, 2010, p. 218).

Isto é, na ADI por omissão, noticia-se a omissão; no mandado de injunção, cabe ao Poder Judiciário declarar o direito.

3. HIPÓTESES PENAIS QUE DEMONSTRAM DESRESPEITO À PROTEÇÃO JURÍDICA DEFICIENTE E À PROIBIÇÃO DO EXCESSO

Diversas são as hipóteses penais inseridas em nosso ordenamento jurídico que demonstram menosprezo ao princípio da proporcionalidade, seja em razão da proibição do excesso ou da vedação da proteção insuficiente. Vejamos:

3.1. Estupro e atentado violento ao pudor

A primeira modificação introduzida pela Lei 12.015/2009 diz respeito a alteração do Título VI, que antes cuidava dos chamados “Dos crimes contra os costumes”, e passou à denominação correta: “Dos crimes contra a dignidade sexual”. A antiga nomenclatura, que evidenciava a moralidade no contexto sexual, era antagônica à evolução das últimas décadas.

Outra modificação relevante diz respeito a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal, definido no art. 213 do Código Penal, *in verbis*:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

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

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

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Dessa forma, temos que o antigo crime de atentado violento ao pudor, anteriormente previsto no art. 214 do Código Penal, foi revogado, sendo que sua conduta foi transferida para o art. 213, que atualmente prevê o crime de estupro.

Na legislação anterior, apenas as mulheres poderiam ser sujeito passivo, agora, o crime pode ser cometido inclusive contra homens. Assim sendo, trata-se de crime bi comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa, e também contra qualquer pessoa.

Com a modificação, há a criação de um tipo misto com pluralidade de ações de conteúdo alternativo, isto é, a prática da violência sexual para obter a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso dá margem para a configuração de apenas um crime: o estupro.

Na legislação anterior, o agente respondia pelos dois crimes (estupro e atentado violento ao pudor), em concurso material, pois se tratavam de condutas diversas, de forma que a pena final do condenado seria resultado do somatório das penas de ambos os crimes².

Após a alteração, houveram linhas de pensamento com o intuito de solucionar se a questão se tratava de crime único ou concurso de crimes, porém, prevaleceu o entendimento de que se cuida de crime único, sendo que a repetição dos fatos será considerada na dosimetria da pena, traduzindo uma proteção deficiente ao bem jurídico, posto que condutas igualmente lesivas à dignidade sexual passaram a constituir um único crime, se praticadas em um mesmo contexto.

Neste sentido, preceitua Rogério Greco (2012, p. 487 apud ANDRADE, 2014, p. 21) que:

Anteriormente à edição da Lei 12.015/09, de 07 de agosto de 2009, que revogou o delito de atentado violento ao pudor, tipificado no artigo 214 do Código Penal, quando o agente, que tinha por finalidade levar a efeito a conjunção carnal com a vítima, viesse, também, a praticar outros atos libidinosos, a exemplo do sexo anal e da felação, deveria responder por ambas as infrações penais, aplicando-se a regra do concurso de crimes. Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima os fatos deverão ser entendidos como crime único, haja vista que os comportamentos

² Direito Penal e Processual Penal. "Habeas Corpus". Crimes hediondos: estupro e atentado violento ao pudor. Concurso material. Penas: fixação. Nulidade. 1. Estando correta, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a orientação adotada pelo acórdão impugnado, no sentido de que, **nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo praticados em sequência, configura-se concurso material de delitos** - e não crime continuado - **acertada e a cumulação das penas**. 2. E fixadas estas em grau mínimo, não procede a arguição de nulidade, seja pela fundamentação de cada uma, seja pela cumulação. 3. "H.C." indeferido (STF – HC 71399 / SP – SÃO PAULO, Relator Min. Sydney Sanches, Data de Julgamento: 09/08/1994, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 30-09-1994) (grifo nosso).

se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla (tipo misto alternativo), aplicando-se somente pena cominada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes.

Seguindo a mesma orientação, Luiz Regis Prado (2009, p. 18 e 19 apud ANDRADE, 2014, p. 21) leciona que:

Se o agente pratica vários atos sexuais com a mesma vítima em um único fato responde tão somente pelo delito de estupro, em razão da estrutura mista alternativa do tipo objetivo. Contudo, essa particularidade deve ser considerada por ocasião da aplicação da penal.

Assim sendo, temos que mencionada reforma confere tratamento favorável aos autores que praticarem ambas condutas estabelecidas no tipo, e sua consequência imediata reside na aplicação do dispositivo aos casos em que o agente responde por concurso material, pois, ainda que definitivamente julgado, caberá revisão judicial visando a adequação das penas, em virtude de não mais haver distinção entre o delito de estupro e de atentado violento ao pudor.

3.2. Tráfico de drogas e o art. 273 do CP

O crime do art. 273, §1º-A do Código Penal (falsificação de cosméticos e saneantes), inserido no ordenamento brasileiro através da Lei 9.677/98, responsável por alterar a Lei 8.072/90 e inserir referido ilícito no rol dos crimes hediondos, possui pena de 10 a 15 anos de reclusão, portanto, a pena mínima é exatamente o dobro do tráfico de drogas, previsto no art. 33, da Lei 11.343/06, que possui pena de 5 a 15 anos.

O RE 79.962/RS, com repercussão geral da matéria, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, requer a aplicação da pena da lei de drogas para o delito do art. 273, sob o argumento da falta de proporcionalidade entre eles. O que se almeja com esse recurso é a combinação de leis, visando adquirir um terceiro tipo penal, ou seja, utilizar o preceito primário do art. 273 e o preceito secundário do art. 33 da lei de drogas. Registre-se:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO SANITÁRIO. EXAME DE PROPORCIONALIDADE DA PENA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A decisão recorrida declarou incidentalmente a **inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal**, cuja pena cominada é 10

(dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para aqueles que importam medicamento sem registro na ANVISA (art. 273, § 1º-B, do CP).

2. O Tribunal de origem afirmou que **viola o princípio da proporcionalidade a cominação de pena elevada e idêntica para uma conduta completamente diversa daquela praticada por quem falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais** (art. 273, caput, do CP). Em razão disso, indicou que a conduta do § 1º-B, I, do art. 273, do Código Penal, deve ser sancionada com base no preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

3. Constituem questões constitucionais relevantes definir (i) se a cominação da pena em abstrato prevista para importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, viola os princípios da proporcionalidade e da ofensividade; e (ii) se é possível utilizar preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena pela importação de medicamento sem registro (grifo nosso).

(STF – RG RE: 979962 RS – RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 03/08/2018, Tribunal Pleno – meio eletrônico, Data de Publicação: DJe-161 09-08-2018).

Outra aplicação interessante do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição do excesso diz respeito ao julgamento da AI no HC n. 239.363/PR, que reconheceu, por maioria, a desproporcionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, declarando sua inconstitucionalidade. Vejamos:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

3. Em atenção ao **princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos** (CF, art. 5º, LIV), é **imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada** à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretendo usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública (grifo nosso).

5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. **A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.**
6. Arguição acolhida para declarar **inconstitucional o preceito secundário da norma** (grifo nosso).

(AI no HC 239.363/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/02/2015, DJe 10/04/2015).

Insta salientar, que é pacífico no ordenamento brasileiro, a impossibilidade de retroatividade da lei penal, exceto se mais benéfica ao réu, nos termos do art. 5º, XL da Constituição Federal, e também do art. 2º do Código Penal. Entretanto, surgiu uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial nos casos em que a nova lei era parcialmente mais benéfica em se comparando com a lei revogada. Diante disso, sobreveio impasse no sentido da possibilidade de combinar as leis, revogada e revogadora.

Essa discussão ganhou ainda mais força quando houve a revogação da antiga Lei de Drogas e o início da vigência da atual, qual seja, Lei 11.343/06, haja vista que na legislação anterior, a pena para o tráfico era de reclusão de 3 a 5 anos, e a pena de multa era de 50 a 360 dias-multa, enquanto a atual Lei de Drogas, como já dito, prevê a pena privativa de liberdade mínima de 5 anos, isto é, reclusão de 5 a 15 anos, e a pena de multa sofreu um grande aumento, 500 a 1500 dias-multa. A partir disso, é possível inferir que nesse ponto, a nova lei não possui o condão de beneficiar o réu.

Destarte, referida lei, em seu art. 33, §4º, prevê a figura do tráfico privilegiado, que beneficia o réu primário, com bons antecedentes e que não seja integrante de grupo criminoso organizado ou se dedique a atividades criminosas, com a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3, sendo que, nesse ponto, a nova lei é benéfica ao réu, devendo retroagir.

Desse modo, não resta menor dúvida de que *in casu*, há uma hipótese de *lex tertia*, que nada mais é que a possibilidade de combinação de leis penais que se sucederam no tempo, nas partes em que são mais benéficas.

Todavia, a questão foi assentada pelo STJ, que entendeu a possibilidade de retroação, contudo, apenas se esta puder ser aplicada em sua totalidade. Desse modo, prevaleceu o entendimento de que não há a possibilidade de combinar preceitos mais favoráveis de uma lei com outra, pois assim, o julgador atuaria como legislador positivo ao criar uma terceira norma.

Constata-se, portanto, que nesse caso, e também no que se refere aos crimes previstos nos arts. 33, §4º da Lei de Drogas, e 273, §1º-A, do Código Penal, não há a possibilidade de

combinação de leis, uma vez que a *lex tertia* constitui manifesta violação aos princípios da igualdade, da legalidade, democracia e também da separação dos poderes.

3.3. Analogia entre racismo e homofobia

A homofobia é a palavra normalmente utilizada para se referir ao preconceito e à discriminação em razão de orientação sexual, já a transfobia é o preconceito e a discriminação em razão da identidade de gênero, contra travestis e transexuais.

Em julgamento recente do STF, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, referidas condutas foram criminalizadas, ao argumento de que se encaixam ao conceito de racismo. Dessa forma, os atos preconceituosos relativos à orientação sexual serão enquadrados no art. 20 da Lei 7.716/89 (Lei do Racismo), estando sujeitos à pena de um a três anos de reclusão, e multa. Insta frisar que este entendimento prevalecerá até que advenha lei posterior, com o objetivo de sanar mencionada omissão. Registre-se:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
Pena: reclusão de um a três anos e multa.

No que se refere às políticas criminais, tal decisão é certa, uma vez que atende as camadas sociais vítimas das violências causadas pelo ódio. Ademais, o art. 5º, XLI, da Constituição Federal estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, isto é, confere mandado de criminalização para esses tipos de condutas.

Entretanto, o Congresso Nacional tem se omitido na implementação de lei que defina referido tipo penal, portanto, coube ao Judiciário a provocação das casas legislativas para a criminalização dessas condutas.

Não obstante, em referida decisão há inequívoca afronta ao princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção deficiente, posto que é necessária a criminalização específica das ofensas, uma vez que o atual quadro de violência contra a população LGBTQ+ tem tornado inviável o exercício dos direitos fundamentais.

Ademais, a criação de uma lei penal deve obedecer a critérios constitucionais, sendo que o órgão responsável pela sua elaboração é o poder legislativo. Nesse cenário, temos que mencionadas condutas exigem definição legal, além disso, em função do princípio da reserva

legal, não cabe ao Poder Judiciário definir um crime, pois, como já dito, a competência é do legislador.

Posto isso, temos que apesar de aludida decisão atender aos anseios de política criminal, o desrespeito a princípios basilares da Constituição Federal, e a mora legislativa discutida, evidenciam a insuficiência da proteção, bem como a ausência de efetivação da segurança jurídica aos direitos fundamentais.

4. CONCLUSÕES

O estudo do princípio da proporcionalidade no âmbito do direito penal pressupõe a relação intrínseca entre a Constituição e a aplicação das normas penais, haja vista que cabe ao legislador utilizá-lo de modo a construir um cenário consentâneo com os valores constitucionalmente previstos.

Partindo dessa premissa, e levando em consideração que vivemos em um Estado Democrático de Direito, infere-se a necessidade do respeito às garantias e direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna, de forma que eles não sejam suprimidos, exceto se indispensável à conservação de demais direitos, equitativamente essenciais e justificadamente necessário.

Compreende-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade opera como um limite à intervenção do Estado, sendo certo que, quando da elaboração de normas penais, o legislador deve analisar a relação entre o fim e o meio, ou seja, é imprescindível um critério entre esse exercício e a restrição por meio do poder do Estado.

Como é cediço, aludido princípio possui duas vertentes, que residem na ideia principal de proibição do excesso e, ao revés, proibição da proteção deficiente. Desta feita, o princípio da proporcionalidade objetiva estabelecer os limites mínimos e máximos das intervenções estatais, de modo que em qualquer situação, deve ser observada a sanção e o fato, a fim de conferir tratamento proporcional aos bens jurídicos tutelados.

Ao longo do presente trabalho foram analisadas situações concretas em que o legislador, ao alterar a legislação penal, conferiu tratamento favorável, e, portanto, desproporcional, ao agente da conduta. Nos casos citados, apesar de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, ainda não houve uma solução adequada, o que traduz verdadeiros retrocessos no que diz respeito ao direito penal brasileiro.

Em todos os casos, não há uma proteção jurídica suficiente, o que automaticamente gera violações ao princípio da proporcionalidade, seja pelo excesso, ou pela falta de atuação do legislador.

Não obstante termos instrumentos aptos a corrigir as omissões estatais, quais sejam o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, temos que referidos remédios constitucionais são de longe falhos, pois apesar do elevado esforço empreendido pela doutrina e jurisprudência, inúmeras teses sobre a omissão inconstitucional não receberam uma resposta apropriada, dado o seu recente reconhecimento no Brasil e conseqüentemente, sua aplicação restrita.

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Guilherme Rodrigues de. **Estupro e atentado violento ao pudor após a Lei 12.015 de 2009. Crime único?** Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/GuilhermeRodriguesdeAndrade.pdf. Acesso em 27 set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Econômico**. 1 ed, vol. 1: São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. atual: São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31 out. 2019.

BRASIL. Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em 21 set. 2020.

BRASIL. Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. **Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores**. Diário Oficial da União, Brasília, 07 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art7>. Acesso em 09 set. 2020.

BRASIL. **Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009**. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de outubro de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm>. Acesso em 09 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 13.300, de 26 de junho de 2016.** Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm>.

BRASIL. **Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da União, 24 de setembro de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1>. Acesso em 09 de set. 2020.

CLARA, Maria. **A Lei n. 12.015/09 e a incoerência da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5768, 17 abr. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69619>>. Acesso em: 9 set. 2020.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf>. Acesso em 19 out. 2019.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.** 1 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 56-58.

MARTINS, Flávio; NUNES JÚNIOR, Alves. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. rev. atual. e ampl: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. rev. e atual: São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Vanessa. **Súmula 501 STJ veda combinação de leis em crimes de tráfico de drogas.** Mega Jurídico, 30/10/2013. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/sumula-501-stj-veda-combinacao-leis-crimes-traffic-drogas/#:~:text=%E2%80%9C%C3%89%20cab%C3%ADvel%20a%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20retroativa,vedada%20a%20combina%C3%A7%C3%A3o%20de%20leis%E2%80%9D>. Acesso em 23 set. 2020.

MOURA, Evânio. Mandados de Criminalização e a Proteção Jurídica Insuficiente no Direito Penal Brasileiro. In: PONTE, Antônio Carlos da; CASTRO, Wellington Clair de (org.). **Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017, p. 81-90.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009.** Guilherme Nucci, 19 de março de 2014. Disponível em: <

[https://guilhermenucci.com.br/artigo/crimes-contradignidade-sexual-alteracoes-trazidas-pela-lei-12-0152009#:~:text=Frankenstein%20Ambition%20Essay-,Crimes%20contra%20a%20dignidade%20sexual%3A%20as,trazidas%20pela%20Lei%2012.015%2F2009&text=213\)%2C%20dos%20crimes%20de%20estupro,cometer%20estupro%20contra%20qualquer%20pessoa.>](https://guilhermenucci.com.br/artigo/crimes-contradignidade-sexual-alteracoes-trazidas-pela-lei-12-0152009#:~:text=Frankenstein%20Ambition%20Essay-,Crimes%20contra%20a%20dignidade%20sexual%3A%20as,trazidas%20pela%20Lei%2012.015%2F2009&text=213)%2C%20dos%20crimes%20de%20estupro,cometer%20estupro%20contra%20qualquer%20pessoa.>). Acesso em 09 set. 2020.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 ed. rev. atual. e ampl.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROMAN, Luciana Oliveira Coimbra. **Aplicação do Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54246/aplicao-do-principio-da-proporcionalidade-no-direito-penal>>. Acesso em: 26 ago 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 798, ano 2002. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em 09 set. 2020.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **O delito de estupro na reforma dos delitos contra a dignidade sexual**. Revista Jurídica da Libertas Faculdades Integradas, número 1, ano 1. Disponível em: <http://www.libertas.edu.br/revistajuridica/mostrarrevista.php?idsum=16>. Acesso em 26 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em 21 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus - HC 71399 / SP – São Paulo, Relator Min. Sydney Sanches. DJ 30-09-1994**. Jus Brasil, 1994. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747724/habeas-corpus-hc-71399-sp/inteiro-teor-100463918>. Acesso em 19 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário – RG RE 979962 RS – Rio Grande do Sul, Relator: Min. Roberto Barroso. DJ 03-08.2018**. Jus Brasil, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861474832/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-979962-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-861474842?ref=serp>. Acesso em 20 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF veda combinação de leis para reduzir pena por tráfico de drogas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=252958>. Acesso em 23 set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus – AI no HC 239.363/PR - Paraná, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Corte Especial.** DJ 10-04-2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180398766/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-habeas-corpus-ai-no-hc-239363-pr-2012-0076490-1/relatorio-e-voto-180398769>. Acesso em: 20 set. 2020.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23 ed. rev. e atual: São Paulo: Malheiros, 2010.

VILLOTA, Karine Martins de Izquierdo. **Do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 set 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40017/do-mandado-de-injuncao-no-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 22 set. 2020.

ZENI, Maycky Fernando. **A criminalização da homofobia pelo STF – violação ao princípio da legalidade (reserva legal).** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 ago. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53253/a-criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf-violao-ao-principio-da-legalidade-reserva-legal>. Acesso em: 21 set. 2020.