



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ademar Borges de Sousa Filho

**O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil:
graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de
decisão**

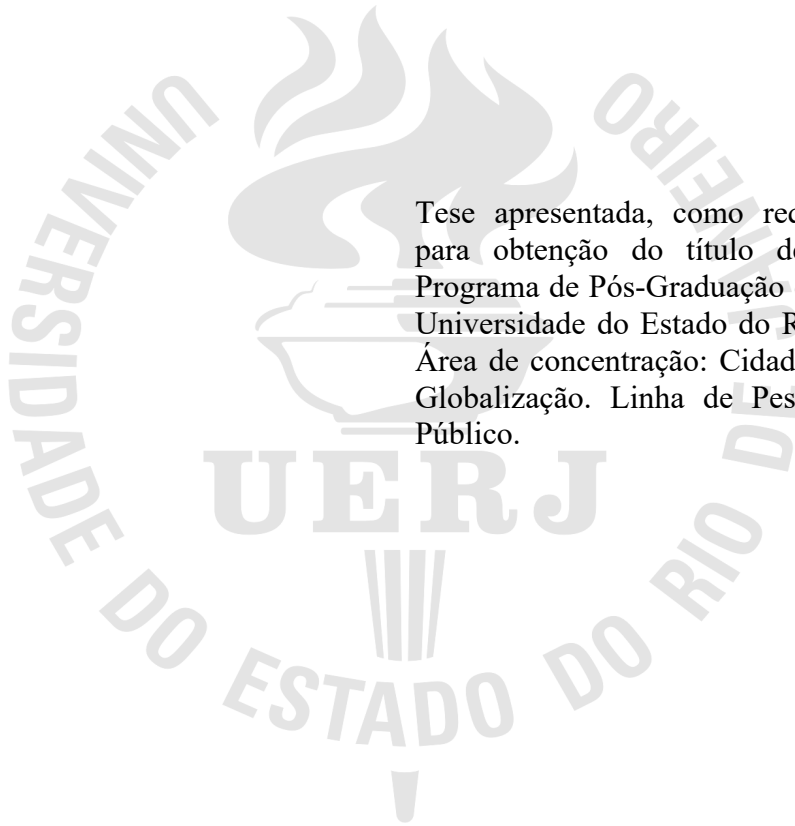
Rio de Janeiro

2019

Ademar Borges de Sousa Filho

O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil:

graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Coorientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S729 Sousa Filho, Ademar Borges de.

O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão /Ademar Borges de Sousa Filho - 2019.

700 f.

Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Coorientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito constitucional - Teses. 2. Direito penal - Teses. 3. Controle de constitucionalidade - Teses. I. Barroso, Luís Roberto. II. Sarmento, Daniel. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 342:343

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ademar Borges de Sousa Filho

**O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil:
graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 04 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Daniel Sarmento (Coorientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Profa. Dra. Jane Reis
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Rodrigo Brandão
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Ayres Britto
Centro Universitário de Brasília

Prof. Dr. Rogério Schietti Cruz
Instituto Brasiliense de Direito Público

Rio de Janeiro

2019

DEDICATÓRIA

À Aline, minha eterna amora,
que me ensinou a grandiosidade do ato de amar.

AGRADECIMENTOS

O ingresso no Programa de Doutorado em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro foi a realização de um sonho antigo. Ainda em Brasília, na graduação na UnB, me encantei pela sofisticação teórica e pelo estilo claro e didático dos textos que os Professores da Faculdade de Direito da UERJ apresentavam. Decidi há mais de dez anos atrás que era ali que eu construiria minha trajetória acadêmica. Hoje tenho certeza de que fiz a escolha certa, por muitos motivos.

Tive a honra de ser aluno e orientando do Professor Luís Roberto Barroso, que emprestou genialidade e brilho ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Decidi me candidatar ao Doutorado na UERJ para ser orientado por ele, àquela altura o mais brilhante advogado em atuação no Brasil. Enquanto fazia o processo seletivo de ingresso no Doutorado, o Professor Luís Roberto Barroso tornou-se Ministro do Supremo Tribunal Federal. O constitucionalista mais admirado do país iniciava então a virtuosa trajetória de juiz constitucional. De lá para cá, passei a aprender com meu orientador não apenas na sala de aula, mas também pelas decisões, votos e pronunciamentos. Como orientador, o Professor Luís Roberto Barroso ensinou-me a buscar visualizar os problemas sob uma ótica mais abrangente, moderada e segura. Ainda tenho muito a aprender com ele. Mas tenho a certeza de que já não sou o mesmo desde que me tornei seu aluno.

Outro responsável pelo meu ingresso na UERJ e pelo meu encantamento com o Direito Constitucional foi o Professor Daniel Sarmento. Uma empatia instantânea e uma profunda admiração formaram a base de uma sólida amizade entre nós. Hoje, e também graças à UERJ, tenho a sorte de dividir um projeto profissional com o generoso e brilhante Professor Daniel Sarmento. Agradeço, ainda, aos Professores Ana Paula de Barcellos, Jane Reis e Rodrigo Brandão, pelos muitos ensinamentos e trocas acadêmicas.

Mas fui ainda mais afortunado pelo destino. Conheci na UERJ o meu grande amor, Aline Osorio, a mais brilhante e talentosa constitucionalista que já conheci, a companheira que nem nos meus melhores sonhos eu poderia supor que um dia encontraria. Só isso já valeria uma vida inteira.

Aos colegas da Procuradoria, Carolina Lisboa, Eduardo Vieira de Carvalho e Dayse Alencar, agradeço por fazerem da minha vida como advogado público muito mais feliz. À Fernanda Tórtima e Juarez Tavares agradeço imensamente por todo o aprendizado, carinho e amizade ao longo de toda essa caminhada acadêmica.

Agradeço também aos meus colegas de Pós-Graduação, Daniel Capecchi, Daniel Cardinalli, Carina Castro, Andréa Magalhães, Isabela Ferrari, Luiz Fernando, Eduardo Dantas, por tornarem as aulas mais interessantes e a vida muito mais feliz. Também devo um agradecimento especial ao meu querido amigo, orientador no Mestrado, Cláudio Pereira de Souza Neto, meu constante interlocutor durante quase todo este trabalho e fonte de inspiração para as reflexões que conduziram a pesquisa.

Agradeço, por fim, ao meu pequeno núcleo familiar – minha mãe Rejane (mama), ao Marimar (papa), minha irmã Juliana, meu cunhado André, meus sobrinhos Viviane (Vivi) e Otto, meus primos Alexandre, Natália e Guiga e meus tios Agareu, Sessé e Tereza – por todo o amor que me oferecem todos os dias.

RESUMO

SOUSA FILHO, Ademar Borges. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil**: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. 2019. 700 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

A política criminal brasileira tem sido construída sem considerar as informações relevantes sobre a realidade sobre a qual pretende intervir e tem produzido resultados contraproducentes em relação à prevenção da prática de delitos. Tudo isso a um custo enorme para os direitos fundamentais de centenas de milhares de brasileiros, que têm sido submetidos a um sistema de justiça criminal injusto e um modelo de execução de penas cruel e desumano. Esse quadro de violação sistemática de direitos fundamentais que resulta de um direito penal ensimesmado, profundamente isolado do direito constitucional e dos outros ramos das ciências sociais, não pode ficar imune ao controle da jurisdição constitucional. Exige-se, neste contexto, superar o subdesenvolvimento teórico sobre a relação entre direito penal e Constituição e sobre as possibilidades de intervenção da jurisdição constitucional no campo penal.

O presente trabalho defendeu, em primeiro lugar, que o aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade das leis penais exige reduzir o excessivo grau de deferência ao legislador no campo penal e intensificar o controle pela adoção de testes mais rigorosos de constitucionalidade. Para tanto, o trabalho propôs critérios para a utilização mais eficaz do juízo de proporcionalidade como método para solução de casos difíceis de controle de constitucionalidade de leis penais. Além disso, para aprofundar o processo de constitucionalização do campo penal, o estudo trouxe três propostas principais. Primeiro, a elevação do grau de realização do princípio democrático no modo como as leis penais são produzidas no país, exigindo que o legislador defina a política criminal com base em premissas empíricas seguras, objetivos claros, perspectivas de impacto no sistema e razões públicas. Segundo, a imposição da vedação do uso de sentenças aditivas que resultem na ampliação do poder punitivo estatal para suprir omissões legislativas inconstitucionais. Terceiro, o uso da jurisdição constitucional para transformar a prisão (definitiva e cautelar) em medida de *ultima ratio*, por meio de dois caminhos. De um lado, pelo reconhecimento da ideia de equivalentes funcionais da pena e do direito à compensação punitiva em razão das restrições de direitos suportadas pelo indivíduo em todas as fases do sistema de justiça criminal. De outro, pela redução drástica do encarceramento provisório a partir (i) do controle rígido da motivação das decisões que decretam diretamente a prisão preventiva; e (ii) da confrontação das medidas cautelares com o resultado de uma provável condenação para aferir sua proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito penal. Controle de constitucionalidade.

Supremo Tribunal Federal. Constitucionalização.

ABSTRACT

SOUSA FILHO, Ademar Borges. **Judicial Review of criminal laws in Brazil:** degrees of deference to the legislator, parameters of judicial intervention and methods of decision-making. 2019. 700 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Brazilian criminal policy has been built without considering the relevant information about the realities of the criminal justice system and has produced counterproductive results in the prevention of crime. All this at enormous cost to the fundamental rights of hundreds of thousands of Brazilians, who have been subjected to an unjust, cruel and inhumane criminal justice system. This framework of systematic violation of fundamental rights resulting from the development of criminal law in a manner deeply isolated from constitutional law and from other branches of the social sciences, cannot be immune to judicial review. In this context, this study aims to overcome the theoretical underdevelopment on the relation between criminal law and the Constitution and on the possibilities of intervention of the constitutional jurisdiction in the criminal field.

The present work argued, firstly, that the improvement of the judicial review of criminal laws requires reducing the excessive degree of deference to the legislator in the criminal field and intensifying judicial review by the adoption of more rigorous tests of constitutionality. Therefore, the work proposed criteria for the more effective use of the proportionality test as a method to solve *hard cases* of judicial review of criminal laws. In addition, to deepen the process of “constitutionalization” of the criminal field, the study brought three main proposals. First, raising the degree of realization of the democratic principle in the way criminal laws are produced in the country, requiring the legislator to define the criminal policy based on secure empirical premises, clear objectives, perspectives of impact on the system, and public reasons. Second, the imposition of the prohibition of the use of additive sentences that result in the expansion of the state punitive power to fill unconstitutional legislative omissions. Third, the use of the constitutional jurisdiction to transform the prison (preventive detentions and prison sentences) in a measure last resort (*ultima ratio*), by two measures. On the one hand, by recognizing the idea of *functional equivalents of criminal punishment* and the right to punitive compensation because of the restrictions of rights borne by the individual at all stages of the criminal justice system. On the other, by the drastic reduction of temporary incarceration by means of the following measures: (i) the rigid control of the motivation of decisions that directly decree pre-trial detention; and (ii) the confrontation of the preventive measures with the result of a probable condemnation to assess its proportionality.

Keywords: Constitutional Law. Criminal Law. Judicial Review. Brazilian Supreme Court.

Constitutionalization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
Art.	Artigo
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição da República Federativa Brasileira, de 05.10.1988
CP	Código Penal (Decreto-Lei 2848/1940)
CPP	Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941)
EUA	Estados Unidos da América
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
Respe	Recurso Especial Eleitoral
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO: O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL E O LUGAR DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL	14
	Superando o senso comum: os falsos dilemas e obstáculos à constitucionalização do direito penal no Brasil	15
	Entre o realismo e a utopia: caminhos para a reforma do sistema de justiça criminal.....	25
	A política criminal e a magistratura: a jurisdição constitucional como catalizadora da constitucionalização do sistema de justiça criminal.....	30
1	UM DIAGNÓSTICO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO (O DIREITO PENAL COMO ELE É).....	46
1.1	Atividade policial no Brasil: a porta de entrada do sistema de justiça criminal.....	48
1.2	A justiça criminal brasileira: a preferência pela pena de prisão	54
1.3	A execução penal no Brasil: as prisões como ilhas afastadas do estado constitucional de direito	64
1.4	Um balanço do sistema de justiça criminal brasileiro	81
2.	CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL	91
2.1	O constitucionalismo e a juridificação da política.....	91
2.2	Limites constitucionais do direito penal: a cultura do constitucionalismo no campo penal	95
2.3	O direito penal na Constituição de 1988: pluralismo constitucional no campo penal (avanços e retrocessos no processo constituinte).....	106
2.3.1	<u>A legislação penal e os antecedentes da Assembleia Nacional Constituinte: os avanços da reforma do Código Penal de 1984 e da Lei de Execução Penal</u>	<u>110</u>
2.3.2	<u>As desventuras da Assembleia Nacional Constituinte no campo penal: o protagonismo do direito penal e da pena de prisão na Constituição de 1988</u>	<u>114</u>
2.4	A Constituição-limite e a Constituição-fundamento do direito penal: constitucionalismo e democracia no campo penal.....	120

2.4.1	<u>O desenvolvimento das ideias de Constituição-limite e a Constituição-fundamento na dogmática penal: o debate sobre a conceituação e a função da categoria do bem jurídico</u>	122
2.4.2	<u>Constituição-limite e Constituição-fundamento a partir da ótica do direito constitucional contemporâneo: da predefinição apriorística dos bens jurídicos passíveis de tutela pelo direito penal ao controle da proporcionalidade das normas incriminadoras</u>	133
3	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL.....	153
3.1	A legitimidade democrática da jurisdição constitucional: a garantia de direitos materialmente fundamentais no constitucionalismo democrático..	153
3.2	A jurisdição constitucional frente ao legislador penal: entre a autocontenção e a proatividade.....	163
3.3	Os modelos-base de jurisdição constitucional frente ao legislador penal: da tese estrita da autocontenção ao controle judicial da proteção insuficiente...	174
3.4	As deficiências do controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil....	197
4	AVANÇOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM MATÉRIA PENAL: CONTROLE DOS EXCESSOS PUNITIVOS SOB A ÓTICA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	211
4.1	A trajetória da jurisprudência do STF no controle das restrições legislativas ao princípio da individualização da pena	222
4.1.1	<u>Imposição de cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos.....</u>	224
4.1.2	<u>Possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direito aos condenados por tráfico de drogas</u>	238
4.1.3	<u>Imposição de cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos.....</u>	249
4.1.4	<u>Opção legal de imputar a qualidade de hediondo ao crime de tráfico privilegiado</u>	256
4.1.5	<u>Vedação legal à concessão de suspensão condicional da pena aos crimes submetidos à competência de Justiça Militar</u>	263
4.1.6	<u>Vedação legal à liberdade provisória: a progressiva rejeição às prisões preventivas obrigatórias</u>	268

4.1.7	<u>Balanço parcial da jurisprudência do STF: os diferentes graus de deferência ao legislador a partir da revisão do conteúdo normativo do princípio da individualização da pena</u>	276
4.2	A superação do dogma da insindicabilidade das leis penais pelo STF: mudança do comportamento judicial dos seus juízes e impacto na jurisprudência do tribunal	278
4.3	Uma síntese da jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade de leis penais: as alterações do grau de deferência ao legislador e o papel do princípio da individualização da pena	291
4.4	Releitura crítica da jurisprudência do STF: a individualização da pena como função garantidora dos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade	302
5	UMA VISÃO GRADUALISTA DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS NÍVEIS DE INTENSIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	322
5.1	Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais a partir de uma presunção graduada de constitucionalidade dessas leis	326
5.2	A presunção graduada de constitucionalidade de leis penais no Brasil	341
5.3	A defesa de um controle material intensivo das leis penais no Brasil	354
6	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS PENAS	371
6.1	A estrutura do princípio da proporcionalidade	378
6.2	A importância do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade de leis penais	388
6.3	Casos difíceis no controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil ...	399
6.4	Pressupostos para a aplicação do princípio da proporcionalidade: a colisão entre princípios constitucionais e a legitimidade constitucional do fim perseguido pela medida penal	406
6.4.1	<u>A colisão entre princípios constitucionais: as restrições aos direitos fundamentais impostas pela lei penal</u>	408
6.4.2	<u>Ainda sobre a colisão entre princípios constitucionais: a legitimidade do fim perseguido pela lei penal e a importância do bem jurídico</u>	414

6.5	O juízo de adequação da lei penal.....	425
6.5.1	<u>O juízo de adequação da lei penal sob a ótica da norma de conduta</u>	428
6.5.2	<u>O juízo de adequação da lei penal sob a ótica da norma de sanção</u>	436
6.5.3	<u>Uma síntese da proposta de renovação do juízo de adequação das leis penais...</u>	448
6.6	O juízo de necessidade da lei penal.....	450
6.6.1	<u>O juízo de necessidade da lei penal sob a ótica da norma de conduta</u>	458
6.6.2	<u>O juízo de necessidade da lei penal sob a ótica da norma de sanção</u>	465
6.6.3	<u>Uma síntese da proposta de renovação do juízo de necessidade das leis penais..</u>	475
6.7	O juízo de proporcionalidade em sentido estrito da lei penal	477
6.7.1	<u>A intensidade da afetação dos direitos fundamentais pela intervenção penal: o problema da imprecisão da lei penal</u>	485
6.7.2	<u>Ainda sobre a intensidade da afetação dos direitos fundamentais pela intervenção penal: o problema dos efeitos secundários da criminalização e o <i>chilling effect</i> (ou efeito resfriador).....</u>	492
6.7.3	<u>O problema de sobrecarga argumentativa da proporcionalidade em sentido estrito: a necessária reabilitação dos juízos de adequação e necessidade</u>	496
7	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO: O STF COMO LEGISLADOR POSITIVO EM MATÉRIA PENAL.....	501
7.1	O Judiciário como legislador positivo: uma proposta de definição das sentenças aditivas e de delimitação da competência normativa do STF	507
7.2	Deveres de proteção e omissão inconstitucional no campo penal	514
7.3	A proibição de sentenças aditivas <i>in malam partem</i> no campo penal	525
8	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO NO CAMPO PENAL	537
8.1	O princípio da deliberação suficiente no controle formal de constitucionalidade das leis.....	539
8.2	A revisão do controle formal de constitucionalidade das leis penais sob a ótica do princípio da deliberação suficiente.....	553
9	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PRISÃO	566

9.1	Equivalentes funcionais da pena: as múltiplas restrições de direitos fundamentais sofridas pelo indivíduo no curso da investigação, do processo e da execução penal	581
9.2	O regime de compensação legal na pena criminal e o instituto da detração...	590
9.2.1	<u>A detração no direito brasileiro: uma perspectiva histórica</u>	592
9.2.2	<u>Da detração da prisão preventiva à detração das medidas cautelares alternativas à prisão: primeiros avanços no sentido do reconhecimento de equivalentes funcionais da pena</u>	594
9.2.3	<u>Os fundamentos constitucionais da detração penal: exigência de concretização judicial dos princípios da culpabilidade, da vedação à dupla punição e da proporcionalidade sancionatória.....</u>	601
9.2.4	<u>Possibilidade de ampliação do regime de compensação punitiva por meio da analogia: o papel do Poder Judiciário na compatibilização do regime jurídico da detração penal com a ideia de equivalentes funcionais da pena.....</u>	613
9.3	A prisão provisória como <i>ultima ratio</i>: a liberdade no curso do processo ...	627
9.3.1	<u>Um panorama do quadro atual: o fracasso da efetivação da política pública de redução do encarceramento cautelar</u>	629
9.3.2	<u>A tentativa de implementar a política de redução do encarceramento provisório no Brasil por meio da ADPF 347: o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e a insuficiente atuação do STF</u>	632
9.3.3	<u>Duas causas do fracasso da política pública de redução do encarceramento cautelar</u>	633
9.3.3.1	O controle deficiente da falta de fundamentação das decisões judiciais que decretam prisões preventivas sem demonstrar o não cabimento das medidas cautelares alternativas.....	633
9.3.3.2	Ausência de dosimetria hipotética da provável sanção definitiva.....	636
9.3.4	<u>Uma proposta para a redução do encarceramento provisório no Brasil.....</u>	638
	CONCLUSÃO: OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL	640
	REFERÊNCIAS.....	662

INTRODUÇÃO: O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL E O LUGAR DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL

A formulação, execução e reforma da política criminal envolve o aprofundamento da discussão sobre questões especialmente complexas. Quais condutas são particularmente graves e violam direitos e interesses tão relevantes a ponto de merecer a reprovação criminal? Qual o peso que a pena de prisão deve ter no sistema de justiça criminal? Quais são os parâmetros que garantem a aplicação de sanções criminais proporcionais? Como organizar institucionalmente a aplicação das sanções criminais previstas no ordenamento jurídico? Como garantir que a aplicação das normas penais tenha um mínimo de uniformidade nas mais diversas regiões do país?

As respostas a essas – e muitas outras – perguntas relacionadas à política criminal requerem não apenas o estabelecimento de premissas fáticas seguras – da definição clara dos problemas a serem enfrentados –, mas também (i) a formulação de juízos de valor sobre quando e como punir criminalmente as pessoas e (ii) o desenvolvimento de prognósticos a respeito dos objetivos a serem realizados por meio do direito penal. A política criminal depende, portanto, de escolhas sobre o papel que o sistema de justiça criminal – e especialmente a pena – deve desempenhar na sociedade. A decisão sobre a extensão e as características do direito penal compete, fundamentalmente, à política. Afinal, a definição de um aspecto tão central da vida social – que envolve tanto a proteção quanto a restrição de direitos fundamentais – não pode deixar de ser feita pela via democrática¹.

Por outro lado, é comum se afirmar que a política criminal é assunto que cabe *apenas* ao Congresso Nacional e ao Presidente da República – representantes do povo que participam do processo de formação das leis. Contudo, não há dúvida de que, em Estados Democráticos de Direito, a garantia de direitos fundamentais não é uma questão exclusivamente política, mas também de direito². A vitalidade da democracia pode ser medida pela resiliência dos direitos

¹ Nas palavras de Mir Puig, “todo Derecho penal responde a una determinada orientación política del tratamiento de la delincuencia, esto es: a una determinada *Política criminal*; y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde” (MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Iustel: Madrid, 2011, p. 15).

² É profundamente enraizada na tradição liberal, com John Rawls, Ronald Dworkin e Bruce Ackerman, a identificação da democracia com um conjunto de procedimentos que asseguram o respeito aos direitos do indivíduo.

fundamentais em face da política: quando a política ordinária não se vê limitada por uma cultura de respeito aos direitos fundamentais, as bases institucionais necessárias para o aperfeiçoamento democrático se fragilizam. Por isso, será sempre necessário avaliar, sob o ponto de vista do direito, se a política criminal criada pelo legislador e aplicada pelo Judiciário produz violações aos direitos fundamentais (dos acusados, das vítimas e de terceiros).

1 Superando o senso comum: os falsos dilemas e obstáculos à constitucionalização do direito penal no Brasil

A reconexão entre direito penal e direitos fundamentais nunca se fez tão necessária em todo o mundo³ e particularmente no Brasil⁴. No Brasil, a imensa maioria dos investigados, acusados e presos – formada por jovens negros e pardos, pouco escolarizados e sem qualificação profissional – tem seus direitos fundamentais sistematicamente violados pelo Estado.

Uma polícia mal aparelhada, pouco valorizada e extremamente violenta organiza a porta de entrada do sistema. Para essa imensa maioria das pessoas que ingressam no sistema penal, o processo judicial está longe de resguardar as exigências mínimas de um processo justo: não há defesa efetiva, o processo é marcadamente inquisitório e a longa duração das ações penais costuma se associar a prisões preventivas que se arrastam indefinidamente no tempo. Embora o Ministério Público e o Judiciário tenham conseguido se organizar institucionalmente após a Constituição de 1988, a relativa fragilidade da Defensoria Pública – pouco valorizada pela política⁵ – e a arraigada cultura do encarceramento que permeia todo o sistema de justiça

³ V., sobre a necessidade de constitucionalização do direito penal nos países da América Latina: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, Primer Informe e Informe Final, Documentos del Programa de Investigación desarrollado por el IIDH (1982-1986). Coordinador Profesor Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, Depalma, Buenos Aires, 1986.

⁴ V. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis, Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

⁵ A EC n. 80/2014 inseriu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT o art. 98, que impõe a observância de proporcionalidade entre o número de defensores públicos e a demanda e população de cada localidade (caput), fixa o prazo de oito anos para a lotação de defensores em todas as unidades jurisdicionais do país (§1º), e determina a priorização, até lá, das regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional (§2º). Esse aprimoramento da Defensoria Pública teve sua eficácia paralisada pela EC n. 95/2016, que congelou os gastos da Defensoria Pública por vinte anos (art. 107, inciso V do ADCT). Embora a EC n. 95/2016 padeça de vício de inconstitucionalidade, como defendi na petição inicial da ADI 5.658, o fato é que não se pode conceber que o congelamento de gastos possa incidir uniformemente para instituições amplamente consolidadas (como Judiciário e Ministério Público) e para uma instituição em fase inicial de implementação, como a Defensoria Pública.

criminal contribuíram tanto para a normalização de um sistema processual penal injusto e desigual – pelo menos para a quase totalidade dos réus anônimos menos favorecidos – quanto para o deplorável estado do sistema penitenciário brasileiro. A execução penal é o ponto alto de convergência de todo tipo de violação aos direitos fundamentais dos presos: é possível afirmar, sem risco de incorrer em exagero, que, para essa grande massa de hipossuficientes, o modelo de cumprimento das penas privativas de liberdade se converteu num sistema que opera fora de qualquer parâmetro de legalidade.

A propósito dessa inegável realidade de contínua negação de direitos aos hipossuficientes no campo penal, continua atual a advertência de Marcelo Neves, publicada em 1996, de que os “*subintegrados’ estão excluídos do exercício dos direitos fundamentais declarados, mas não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas*”. O problema de “subintegração” ou negação da cidadania ganha um significado especial no campo penal: “*em relação aos membros das classes populares, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do aparelho estatal*”⁶.

O “andar de cima” também padece de problemas, embora diferentes daqueles que atingem a imensa maioria dos “clientes” do sistema de justiça criminal. Até pouco tempo atrás, era consensual a ideia de que um grupo de privilegiados estava absolutamente imune ao direito penal. Enquanto os “subintegrados” (ou simplesmente excluídos) sempre suportaram uma escancarada “inflexibilidade legalista” que marca um sistema punitivo duro, injusto e cruel, os “sobreintegrados” (ou simplesmente privilegiados) se acostumaram, em regra, à não subordinação às disposições penais prescritivas de deveres e responsabilidades. O Estado brasileiro criou uma expectativa de impunidade sistemática para um grupo de pessoas que tradicionalmente dispunha de poder político e econômico.

Os eventos mais recentes da vida institucional brasileira têm demonstrado que já não há mais lugar para aqueles “absolutamente sobreintegrados” ou “incondicionalmente imunes” de antigamente⁷. Mas ainda há um longo caminho pela frente na construção de um sistema de

⁶ NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. *Lua Nova*, n. 37, 1996, pp. 101-102.

⁷ Na decisão que autorizou a abertura de investigação contra o Presidente Michel Temer, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou não existir nenhum indivíduo contra o qual não se possa instaurar apuração criminal em ambiente democrático e republicano: “A ninguém deve ser indiferente o ônus pessoal e político de uma autoridade pública, notadamente o Presidente da República, figurar como investigado em procedimento dessa natureza. Mas este é o

justiça criminal que combine, equilibradamente, o efetivo e profundo respeito pelos direitos fundamentais dos investigados, acusados, condenados e presos brasileiros com uma cultura republicana de superação dos privilégios injustificados e da impunidade sistemática daqueles que detêm grande poder político e econômico. Nas palavras de Luís Roberto Barroso e Aline Osorio, “o Poder Judiciário tem um papel decisivo na mudança desse paradigma, sem punitivismo, sem violar as garantias penais ou ignorar o valor do voto, mas também sem conferir imunidade a criminosos de colarinho branco”⁸.

A constitucionalização do direito penal no Brasil exige o desenvolvimento de diferentes estratégias de reinstitucionalização do sistema de justiça criminal. As mudanças institucionais exigidas pela Constituição não ocorrem de forma simplesmente revolucionária, com a substituição completa do sistema, mas por alterações institucionais estruturais – fragmentárias e parciais. A jurisdição constitucional pode contribuir para o processo de compatibilização do direito penal com a Constituição por meio de, pelo menos, *quatro* caminhos bastante claros. Em primeiro lugar, pela reconstrução do sistema de normas penais sob a ótica da Constituição, de modo a tornar a pena de prisão uma medida verdadeiramente de *ultima ratio*. A *cultura do encarceramento* deve ser em alguma medida arrefecida pela *filtragem constitucional* do direito penal proposta neste trabalho. Em segundo lugar, pela urgente constitucionalização do sistema penitenciário brasileiro, por meio tanto da releitura constitucional das normas que disciplinam o modo de cumprimento da pena de prisão no Brasil como da transformação das condições materiais de encarceramento. Em terceiro lugar, pela elevação do grau de realização do princípio democrático no modo como as leis penais são produzidas no país – superando o atual cenário de ausência de pluralismo e de responsabilidade política. Deve-se exigir que o legislador defina a política criminal com base em premissas empíricas seguras, objetivos claros, análise extensiva das perspectivas de impacto no sistema, e, acima de tudo, razões públicas. Em quarto lugar, pela republicanização do sistema de justiça criminal, com a superação dos entraves e obstáculos ilegítimos para o seu regular funcionamento em relação a todos – “subintegrados” e “sobreintegrados” – que sejam investigados ou processados criminalmente, sem que isso

preço imposto pelo princípio republicano, um dos fundamentos da Constituição brasileira, ao estabelecer a igualdade de todos perante a lei e exigir transparência na atuação dos agentes públicos. Por essa razão, há de prevalecer o legítimo interesse social de se apurarem, observado o devido processo legal, fatos que podem se revestir de caráter criminoso” (STF, PET 7.123, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, j. em 12.09.2017).

⁸ BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. *O Supremo Tribunal Federal em 2017: a República que ainda não foi*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2017-parte.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

signifique sacrificar as conquistas liberais civilizatórias do direito penal, as quais merecem ser aprofundadas e aperfeiçoadas⁹.

As mudanças possíveis devem partir de questões ou problemas tangíveis, baseadas em uma teorização aceitável e capazes de transformar aspectos da vida social sem afrontar integralmente o conjunto de pré-compreensões que dão sentido a determinada experiência social compartilhada. As ideias progressistas de constitucionalização do direito penal têm a seu favor não apenas um discurso retórico de redução do sofrimento humano ou de defesa incondicional da liberdade do ser humano. Elas contam também com a concreta possibilidade de desenvolver um projeto que: (i) produza menor aprofundamento das exclusões social e econômica já estabelecidas pelo sistema político e econômico vigente; (ii) impeça que a tortura e o tratamento desumano continuem a ser praticados à luz do dia pelo próprio Estado; (iii) favoreça uma política de redução da violência e da criminalidade; e (iv) possibilite a republicanização do sistema de justiça criminal, conferindo igual tratamento a todos os que ingressem no sistema, independentemente da raça ou do poder econômico ou político do investigado ou acusado.

Embora esse projeto deva ser desenvolvido, em toda a sua amplitude e à luz do princípio democrático, pelos representantes eleitos, a jurisdição constitucional tem um papel relevante a desempenhar. Ela pode contribuir, por exemplo, para: (i) desbloquear canais de transformação travados pela inércia institucional e pela falta de representatividade da minoria excluída que é

⁹ É verdade que parcela relevante da recente literatura norte-americana trata com ceticismo a aposta na capacidade do Judiciário de promover alterações progressistas relevantes em favor de grupos distantes das elites hegemônicas. Hirschl, nesse campo, defende a tese de que a constitucionalização dificilmente se move por compromissos genuínos com a justiça social ou com a universalização de direitos e que, ao contrário, podem ser mais bem compreendidas se entendidas como produtos de uma interação estratégica entre elites políticas hegemônicas, influentes atores econômicos e lideranças jurídicas. Sem desprezar tal visão cética, este trabalho aposta na possibilidade de que a jurisdição constitucional opere, quando menos, como agente desestabilizador do processo de progressiva degradação dos direitos fundamentais no campo penal. Se não for possível cogitar da viabilidade desse programa de intervenção moderada da jurisdição constitucional para interromper o grave distanciamento do sistema de justiça criminal das bases do Estado Democrático de Direito, parece não restar esperança de que ela possa desenvolver qualquer outro papel relevante na proteção de direitos fundamentais. Ao invés de adotar uma concepção profundamente pessimista em relação à atuação das Cortes constitucionais, o presente trabalho prefere aproveitar as críticas pertinentes apresentadas por autores como Hirschl para propor soluções que possibilitem o desbloqueio da jurisdição constitucional para que possa atuar como mecanismo de garantia de direitos fundamentais de grupos excluídos. É verdade, por outro lado, que a progressiva profissionalização das carreiras jurídicas no Brasil não tem impedido a reprodução sistemática de um modelo excludente, seletivo, ineficiente, preconceituoso e cruel de sistema de justiça criminal. V., sobre o tema, HIRSCHL, R. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, p. 71 a 108, 2004. Para um estudo sobre o tema sob a ótica brasileira, V. ALMEIDA, F. N. R. DE. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil*. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

preferencialmente capturada pelo sistema de justiça criminal¹⁰; (ii) elevar o ônus argumentativo imputado ao parlamento para a expansão da pena de prisão; (iii) resolver o problema da superpopulação carcerária; (iv) desenvolver uma prática efetiva de *filtragem constitucional* das leis penais e das práticas judiciárias, de modo a expurgar progressivamente da ordem jurídica as normas e seus modos de aplicação que apresentem clara incompatibilidade com a Constituição; e (v) reconhecer a inconstitucionalidade dos privilégios injustificados e das imunidades criminais antirrepublicanas – tanto as explícitas quanto as escamoteadas no sistema¹¹.

As transformações necessárias devem ser efetivadas a partir de duas perspectivas diversas. *De um lado*, é inegável a necessidade de inserir o direito penal que incide sobre essa grande massa de hipossuficientes (“subintegrados” ou excluídos) no campo da mais estrita legalidade, impedindo que o poder punitivo do Estado se desenvolva à margem da ordem jurídica, não apenas nas fases de investigação e processual, mas especialmente no momento do cumprimento das penas. Não há justificativa para a tolerância que o Poder Judiciário, e notadamente a jurisdição constitucional, manifesta em relação à massiva violação de direitos fundamentais praticadas contra os “menos favorecidos”. O Estado nega a essa imensa maioria dos “clientes” do sistema de justiça criminal o direito à defesa efetiva e os direitos mais básicos, inclusive os previstos na própria Lei de Execução Penal, praticando contra eles excessos

¹¹ Essa função deliberativa da jurisdição constitucional tem enfatizado a ideia de que a democracia ganha quando existem mecanismos por meio dos quais os cidadãos podem questionar permanentemente as decisões de seus representantes, não só sob a ótica de como elas são tomadas, mas também relação ao conteúdo das mesmas. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade das leis pode funcionar como instrumento para exigir que as decisões do poder público sejam tomadas por mecanismos imparciais e também para criar incentivos para a correção das decisões ao potencializar as oportunidades para que todos os membros da sociedade possam questioná-las. V., sobre o tema, PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

¹¹ Mudanças estruturais impulsionadas por crises de dimensões nacionais podem ser impulsionadas por Cortes judiciais, notadamente pelas mais altas do país, mas o sucesso da empreitada pode depender fortemente do apoio de setores organizados da sociedade civil. Como notou Mangabeira Unger, “[d]iante da crise nacional, provocada ou perpetuada por um impasse entre os ramos políticos do governo, os juízes poderiam intervir pela reinterpretação radical da constituição ou das leis. Eles poderiam, de fato, apelar para o futuro, ou para os ramos políticos paralisados, ou para o povo. Eles provavelmente seriam bem-sucedidos em seus esforços para cortar um nó górdio somente se tivessem como parceiros não reconhecidos poderosos e organizados movimentos na sociedade abaixo. O trabalho de tais parceiros poderia aproveitar a oportunidade que o aparato judicial tinha aberto e começar a transformar uma aventura judicial perigosa em uma profecia constitucional auto-realizável” (UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement: Another time, a greater task*. Londres, New York: Verso, 2015, p. 51). O Judiciário, para Unger, pode apresentar um poder residual de alterar experimentalmente configurações institucionais particulares. Sem um apoio de mais largo espectro, juízes não podem fazer mais do que criar oportunidades práticas transitórias e limitadas. V. UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement: Another time, a greater task*. *Op. cit.*, p. 142.

punitivos injustificáveis. Com isso, a pena aplicada pelo juiz – nem sempre balizada por critérios constitucionalmente adequados – não é aquela efetivamente cumprida pelos apenados. Pelo contrário, a pena efetivamente aplicada é sempre muito mais gravosa do que aquela prevista na sentença, seja porque é cumprida em condições subumanas – com a privação de direitos fundamentais desprovida de amparo constitucional –, seja porque os princípios constitucionais da progressividade e da humanização das penas são metas ainda não realizadas no Brasil.

De outro lado, devem ser corrigidas as deficiências institucionais que produzem uma injustificada impunidade para um grupo seletivo de privilegiados. A longa duração dos processos – por vezes, resultando em prescrição –, a grande quantidade de pessoas detentoras de foro privilegiado¹² e os desvios pontuais na aplicação da lei e da jurisprudência em favor de pessoas e grupos específicos devem ser urgentemente superados pelo Judiciário e em especial pelo Supremo Tribunal Federal. A respeito do foro por prerrogativa de função, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que o sistema atual, que ampliou positiva (em razão da opção constitucional) e interpretativamente (porque a jurisprudência atribuiu à norma constitucional a maior extensão possível) o foro especial, *“é feito para não funcionar. Mesmo quem defende a ideia de que o foro por prerrogativa de função não é um mal em si, na sua origem e inspiração, não tem como deixar de reconhecer que, entre nós, ele se tornou uma perversão da Justiça”*¹³. Mas o problema do déficit de republicanismo no campo penal vai além das disfuncionalidades do foro por prerrogativa de função. Mesmo para aqueles que não possuem tal prerrogativa, o respeito aos direitos fundamentais do acusado e a garantia de um processo justo não podem significar nem o direito à morosidade processual nem a certeza da absolvição¹⁴.

¹² Nos termos do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento sobre a extensão do foro privilegiado no Brasil, “A Constituição de 1988 prevê que um conjunto amplíssimo de agentes públicos responda por crimes comuns perante tribunais, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Estima-se que cerca de 37 mil autoridades detenham a prerrogativa no país. Apenas perante o STF são processados e julgados mais de 800 agentes políticos: o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 Deputados Federais, 81 Senadores, os atuais 31 Ministros de Estado. A competência do STF alcança, ainda, 3 Comandantes militares, 90 Ministros de tribunais superiores, 9 membros do Tribunal de Contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente. Já o STJ é responsável por julgar mais de 2,7 mil autoridades, incluindo governadores, conselheiros dos tribunais de contas estaduais e municipais e membros dos TJs, TRFs, TRTs e TREs. Há, por fim, mais de 30 mil detentores de foro por prerrogativa nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça” (STF, Questão de Ordem na AP 937, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 31.05.2017).

¹³ STF, AP 936, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 15.02.2017.

¹⁴ Para Guilherme O’Donnell, a extrema desigualdade que caracteriza a maior parte dos países da América Latina faz da seletividade do direito penal uma expressão de um sistema de não-Estado de Direito: “Na América Latina há uma longa tradição de ignorar a lei ou, quando ela é acatada, de distorcê-la em favor dos poderosos e da repressão ou contenção dos fracos. Quando um empresário de reputação duvidosa disse na Argentina: ‘Ser poderoso é ter impunidade [legal]’, expressou um sentimento presumivelmente disseminado de que, primeiro,

Uma justiça criminal funcional e baseada em premissas democráticas e republicanas deve ser institucionalmente preparada – independente e imparcial – para absolver e condenar conforme as provas do processo. A justiça criminal em um verdadeiro Estado de Direito tem o dever de absolver todo acusado em relação ao qual a acusação não tenha sido capaz de demonstrar a culpa para além de qualquer dúvida razoável¹⁵. Mas tem o dever correlativo, de igual importância, de condenar o acusado quando a prova da culpa, cabalmente comprovada, tiver sido produzida em contraditório, em processo no qual a paridade de armas tenha sido respeitada e a sentença tenha sido suficientemente motivada¹⁶.

A proposta mais fácil, e talvez mais atrativa sob a ótica do sentimento popular generalizado, seria a de resolver o problema da “sobreintegração” (ou impunidade) no direito penal com a aplicação rápida e eficaz ao grupo tradicionalmente imunizado de todas as já conhecidas ilegalidades que atingem os hipossuficientes. Generalizar para todos o direito penal da ilegalidade e do desrespeito aos direitos fundamentais constituiria, segundo essa visão, a solução pragmática ao alcance do sistema de justiça criminal. No entanto, as propostas que se

cumprir voluntariamente a lei é algo que só os idiotas fazem e, segundo, estar sujeito à lei não é ser portador de direitos vigentes, mas sim um sinal seguro de fraqueza social. Isso é em particular verdadeiro, e perigoso, em embates que podem desencadear a violência do Estado ou de agentes privados poderosos, mas um olhar atento pode detectá-lo também na recusa obstinada dos privilegiados a submeter-se a procedimentos administrativos regulares, sem falar da escandalosa impunidade criminal que eles costumam obter” (O’DONNELL, Guillermo. “Poliarquias e a (in) Efetividade da Lei na América Latina: Uma Conclusão Parcial”, In MÉNDEZ, Juan; O’DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.), *Democracia, Violência e Injustiça – O Não-Estado de Direito na América Latina*, Paz e Terra, São Paulo, 2000, p. 346).

¹⁵ De fato, o conhecimento convencional, com apoio em farta jurisprudência, tornou-se absolutamente pacífico no sentido de que a legitimidade da condenação penal, sob o prisma probatório, depende de um convencimento judicial motivado – a partir da prova produzida pela acusação – da existência do fato criminoso para além de qualquer dúvida razoável (ou, na fórmula evocativa anglo-saxã, *beyond a reasonable doubt*). O art. 156, “*caput*”, do CPP, que atribui ao órgão estatal da acusação penal o encargo de provar, *para além de qualquer dúvida razoável*, a autoria e a materialidade do fato delituoso.

¹⁶ A condenação criminal – exigente de certeza probatória para além de qualquer dúvida razoável – requer bem mais do que meros *indícios suficientes da infração penal*. V., na jurisprudência do STF: HC 93368, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 09.08.2011. A propósito, a síntese jurisprudencial contida no voto do Ministro Celso de Mello: “*Na realidade*, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem *qualquer ato estatal* que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal *por presunção* nem responsabilidade criminal *por mera suspeita*, circunstâncias essas *que desautorizam* o reconhecimento, pretendido pelo eminente Procurador-Geral da República, de que um “*altíssimo grau de probabilidade*” revelar-se-ia suficiente – *consoante por ele expressamente sustentado e pleiteado* – para legitimar a imposição, *ao réu*, de um decreto judicial de condenação criminal. (...) A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, *no processo*, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se “*beyond all reasonable doubt*” (além, *portanto*, de qualquer *dúvida razoável*), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário” (STF, AP 858, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 26.08.2014).

orientam nesse sentido produzem pelo menos dois efeitos contraproducentes: (i) reduzem à invisibilidade as pautas legítimas de transformação do direito penal aplicado à grande massa de “subintegrados”, fazendo parecer que a demanda pela aplicação igualitária da lei independente do modo como essa lei é aplicada; (ii) oferecem um arsenal argumentativo para o grupo de “sobreintegrados” pretender manter intocável a histórica imunização que o sistema sempre lhes ofereceu, sob o fundamento de ilegitimidade do direito penal fundado em práticas ilegais (principalmente no momento da execução da pena)¹⁷. É preciso, por isso, fugir desse falso dilema: a constitucionalização do direito penal envolve necessária e simultaneamente um processo de integração tanto dos excluídos (“integração de baixo para cima”) quanto dos privilegiados (“integração de cima para baixo”) a um sistema penal baseado no respeito à dignidade humana e à estrita observância da lei.

Como se viu, de modo geral, o sistema de justiça criminal brasileiro se institucionalizou com base na cultura da ilegalidade em relação aos “excluídos” e da impunidade em relação aos “privilegiados”. Esse é um retrato que, pelo menos em seus contornos gerais, dificilmente se pode recusar¹⁸. O problema é que esse cenário de *inconstitucionalização* do sistema de justiça criminal se aprofundou de tal maneira que as mudanças necessárias são tão profundas que parecem utopias irrealizáveis. Assim, correntes autointituladas *realistas* apostam que uma leve redução do paradigma da impunidade, com a manutenção estrutural das mazelas do sistema de justiça criminal, representaria o avanço possível na direção da constitucionalização do direito penal brasileiro. Esses programas parciais, que buscam exclusivamente a republicanização de um sistema que padece de múltiplas e irrecusáveis inconstitucionalidades, correm o risco de enfraquecer a força persuasiva da necessária superação das injustificadas imunidades penais de ricos e poderosos e, ainda, de reforçar um longo processo de naturalização do desrespeito aos

¹⁷ Para exemplificar essa realidade, V. recente decisão cautelar da CEDH que suspendeu a extradição do luso-brasileiro, investigado no âmbito da operação *lava jato*, em razão da possibilidade de que, no Brasil, fosse submetido a tratamentos degradantes, já que o sistema prisional brasileiro não cumpre os padrões mínimos exigidos pela Convenção Europeia de Direitos do Homem. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/04/17/sociedade/noticia/tribunal-europeu-suspende-extradicao-do-raul-schmidt-para-o-brasil-1810612>>. Acesso em: 20.04.2018.

¹⁸ Também não se pode negar que, ao menos eventualmente, os sinais se invertem. O “andar de cima” passou a ser alvo, ainda que de forma episódica, de práticas persecutórias claramente ilegais. A esse respeito, vale registrar, por exemplo, a recente trajetória das conduções coercitivas aplicadas como medida cautelar inominada a pessoas que nunca sequer foram chamadas a depor perante a polícia. Para uma compreensão sobre o tema, V. BOTTINO, Thiago. A inconstitucionalidade da condução coercitiva. In: Boletim IBCCrim, v. 24, n. 285, p. 4-6, ago. 2016. É possível também referir o problema da generalização da cultura judiciária de autorizar interceptações telefônicas sem fundamentação, permitindo a realização de investigações prospectivas ilegais. V., sobre o tema, PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

direitos fundamentais dos principais “clientes” da justiça criminal, que continuam sendo os pobres, semialfabetizados, excluídos de quase todas as formas de emancipação social e econômica¹⁹.

Embora esses programas parciais, centrados na republicanização não sejam suficientes, eles são necessários. As críticas a determinadas práticas persecutórias e formas de condução de processos criminais que passaram a atingir um grupo de pessoas tradicionalmente imunes ao sistema de justiça criminal – algumas delas não compatíveis com o sistema de garantias previstas na Constituição²⁰ – não podem servir como justificativa para perenizar o atual sistema de privilégios, e muito menos para barrar a legítima e necessária proposta de tornar o princípio republicano uma realidade no campo penal. É preciso reafirmar a ideia de que é possível republicanizar o sistema de justiça criminal sem se afastar do compromisso liberal de respeito aos direitos fundamentais daqueles que, por qualquer razão, se submetam à investigação ou ao processo criminal.

De fato, a tarefa de promoção da uma ampla e profunda constitucionalização do direito penal brasileiro não é fácil. Há diversos obstáculos envolvidos, dentre os quais destaco três. Primeiro o de vencer a demonização dos “subintegrados” que resulta da grave desigualdade social em nosso país²¹. É preciso reconhecer os “clientes” preferenciais do sistema criminal – a

¹⁹ Como bem observou Massimo Pavarini em relação ao contexto italiano – mas inteiramente aplicável ao atual momento do sistema de justiça criminal brasileiro –, o apoio generalizado para reprimir as atividades da máfia e os políticos corruptos tornaram legítima uma repressão muito maior. Para ele, o consenso obtido na luta contra duas grandes emergências - corrupção política e crime organizado – tem justificado um aumento indiscriminado dos níveis de punição. Para cada criminoso mafioso enviado para a prisão, uma centena de toxicodependentes estão presos; para cada político corrupto legalmente detido, uma centena de imigrantes negros são internados. V. PAVARINI, Massimo. The New Penology and Politics in Crisis: The Italian Case, *The British Journal of Criminology*, vol. 34, n. S1, 1994, p. 59.

²⁰ A persistência de um modelo processual inquisitório no Brasil, por exemplo, é motivo de fundada crítica por parte da doutrina brasileira. V., por todos, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016; GRINOVER, Ada Pellegrini, Verdade real e verdade formal?: um falso problema. In: *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-13. A excessiva duração da prisão preventiva no Brasil também é objeto de críticas válidas por parte da academia e confirmadas por pesquisas empíricas recentes: SANTOS, Rogério Dutra dos. Excesso de prisão provisória no Brasil [recurso eletrônico]: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico/Rogério Dutra dos Santos, Douglas Guimarães Leite. In: *Série pensando o direito* [recurso eletrônico], n. 54, p. 1-113 2015. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2015/05/rog%C3%A9rio_finalizada_web.pdf>. Acesso em 12 jan. 2018.

²¹ Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, tal gravíssima desigualdade social é responsável por estabelecer “a invisibilidade daquele submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados”. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 191-216.

grande massa de pobres e excluídos – como verdadeiros sujeitos de direito, merecedores de um tratamento compatível com a dignidade humana. O segundo obstáculo é o de superar a visão dominante na sociedade de que a juridicização da política criminal, com a contenção dos excessos punitivos, produziria o aumento da criminalidade e da violência. Essa ideia simplesmente não corresponde a qualquer relação de causa e efeito empiricamente verificável²². Por fim, é necessário afastar a equivocada concepção de que reduzir a sistemática e gravíssima violação de direitos fundamentais dos presos e racionalizar o uso da pena de prisão são propostas incompatíveis com a superação do grave problema da impunidade dos setores tradicional e historicamente imunizados da ação dos órgãos de persecução criminal. Não há contradição alguma na realização simultânea dessas tarefas. Pelo contrário, todas elas, em seu conjunto, constituem exigências da constitucionalização formal e substancial do direito penal brasileiro.

Portanto, a profunda constitucionalização do direito penal no Brasil – entendida como um processo de reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais básicos daqueles que passam pelo sistema de justiça criminal – não depende apenas de pequenos ajustes na dogmática penal e tampouco de simples revisão da interpretação judicial do alcance de certos direitos e garantias fundamentais (como manifestações daquilo que Mangabeira Unger chama de “reformismo pessimista”²³). A compatibilização do direito penal brasileiro com a ordem constitucional exige transformações institucionais capazes de implementar projetos democráticos que resultem em alterações estruturais no modo de funcionamento de todo o sistema de justiça criminal. Há,

²² Uma recente experiência nos EUA confirma a hipótese de que drástica redução no grau de encarceramento não resulta em qualquer aumento significativo do número de crimes. Como recordado na inicial da ADPF 347, “[e]m 2011, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Brown v. Plata* (563 U.S. 2011), em que manteve decisão proferida por corte da Califórnia, que determinara a soltura de 46 mil prisioneiros de menor periculosidade, em razão da crônica superlotação dos presídios daquele Estado. A partir de casos relativos ao acesso à saúde de presidiários e ao tratamento dado a detentos com deficiência física, a justiça californiana detectara o grave quadro de superlotação das prisões californianas – a Califórnia tinha cerca de 156.000 presos, com capacidade para apenas aproximadamente 80.000. Os juízes californianos determinaram, com base nessa constatação, que as autoridades do Estado formassem um plano para a redução da superlotação, para no máximo 137,5% da capacidade das prisões do estado. Como os planos não foram suficientes, houve a determinação judicial de soltura de presos, com base na 8ª Emenda à Constituição norte-americana, que veda as penas “cruéis e não usuais” (*cruel and unusual punishments*). Tal decisão foi mantida pela Suprema Corte, que entendeu ter havido uma ponderação adequada entre os direitos dos presos e o interesse estatal na proteção da segurança pública”. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 20.04.2018. Pois bem. Mesmo com uma redução rápida de cerca de 17% do total da população carcerária, os índices de criminalidade não se alteraram. V., sobre o tema, LOFSTROM, Magnus; RAPHAEL, Steven, “Incarceration and crime: Evidence from California's public safety realignment reform”, In: *The Annals of the American Academy*, 2016, vol. 664, p. 196-220.

²³ V. UNGER, Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Mario Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 105-107.

como visto, impasses estruturais e simbólicos cuja superação depende de criatividade e experimentalismo institucional.

2 Entre o realismo e a utopia: caminhos para a reforma do sistema de justiça criminal

Não se deve supor que os problemas (i) da superlotação prisional, (ii) da subestimação das penas alternativas e das medidas cautelares diversas da prisão e (iii) da desigualdade no modo como as punições criminais são aplicadas no Brasil serão solucionados apenas com a boa vontade (ou a mudança no modo de interpretar a lei) de cada um dos milhares de membros do Ministério Público e juízes criminais espalhados por todo o país. A superação da verdadeira obsessão pela pena de prisão e da naturalização da violação massiva de direitos fundamentais dos apenados depende de mudanças profundas nos arranjos institucionais que dão suporte à reprodução desse modelo falido de justiça criminal.

Uma possível reforma estrutural seria a criação de um órgão independente, financeira e estruturalmente equipado e dotado de profunda *expertise* na área da execução criminal, para coordenar o desenvolvimento, a execução e a supervisão das penas criminais no Brasil²⁴. Com isso, após a condenação a determinada quantidade de pena pelo juiz criminal, o réu seria inserido em um sistema central – com atuação coordenada e cooperativa com as instituições locais²⁵ – e flexível de execução criminal, capaz de adequar os meios sancionatórios a disposição do Estado (i) às condições materiais dos estabelecimentos prisionais, (ii) às necessidades pessoais de cada condenado e da sua família, e (iii) às possibilidades de inserção no mercado de trabalho. Tal reforma teria maior potencial de produzir resultados positivos duradouros para o funcionamento do sistema de justiça criminal do que a aposta na reeducação dos atores do sistema de justiça criminal por meio da jurisdição constitucional e na manutenção,

²⁴ Essa proposta está ancorada na estratégia designada por Mangabeira Unger como “imaginação institucional”. Esta forma particular de análise jurídica crítica parte da noção de que o direito permite pensar em detalhe as relações entre ideais e interesses, de um lado, e instituições e práticas que os consagram ou rejeitam, de outro. Assim, e de posse das ferramentas que tiver à mão – comparando doutrinas e textos normativos, fazendo investigações empírico-causais – o jurista pode mapear alternativas institucionais aparentemente ocultas sob rótulos como “separação de poderes” ou “direitos”. V. UNGER, Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Mario Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 159 e ss.

²⁵ V., sobre essa necessidade de reinvenção institucional a partir da cooperação com entes locais, DORF, Michael C.; SABEL, Charles F., “Drug Treatment Courts and Emergent Experimentalist Government”, *In: Vanderbilt Law Review*, vol. 53, n. 3, 2000.

com pequenas faíscas de humanização, da atual fisionomia institucional do sistema de justiça criminal.

O atual modelo de execução penal brasileiro poderia ser reformulado – e parcialmente desjudicializado – de modo a permitir que esse órgão independente – cuja feição jurídica se aproximaria de uma agência reguladora do sistema penitenciário brasileiro – criasse pautas uniformes de tratamento carcerário, garantisse a atualização dos cadastros de todos os presos e instituições penitenciárias e aplicasse de forma automática e célere os benefícios legais aos apenados. Esse órgão também seria responsável por distribuir de forma mais racional os recursos e equipamentos públicos entre os diversos estabelecimentos prisionais, garantindo um mínimo de tratamento isonômico entre os apenados. O destino do preso e o reconhecimento dos seus direitos não pode depender do lugar onde praticou o delito. A alocação de vagas também seria decidida por esse órgão independente, de forma colegiada, pública e motivada, com base nas condições de reinserção social disponíveis em cada cidade ou região dos Estados-membros.

Essa mudança institucional permitiria, ainda, uma operacionalização adequada da ideia de equivalentes funcionais da pena, que será desenvolvida em capítulo separado deste trabalho. Apenas para que se tenha uma ideia do avanço que esse modelo poderia ocasionar, esse órgão independente teria competência para identificar quais tipos de violações a direitos fundamentais cada preso estaria sofrendo em seus respectivos estabelecimentos prisionais (*i.e.*, superlotação, ausência de trabalho e de educação, condições sanitárias precárias, etc.) e criaria pautas de compensação no tempo da pena, no abrandamento dos requisitos para progressão de regime ou livramento condicional, até mesmo com a extinção da punibilidade, em casos excepcionais. Todas as formas de restrições ilegítimas de direitos dos apenados poderiam ter como resposta uma redução na quantidade e na qualidade da pena, de modo a garantir que a pena proporcional à culpabilidade do agente não se apresente como mais gravosa, na prática, do que aquela virtualmente cominada pelo juiz criminal que o condenou.

A criação desse órgão solucionaria os problemas de extrema dispersão de núcleos decisórios desconectados – o sistema hoje funciona basicamente com base na supervisão dos presídios por juízes de execução criminal que gerem burocraticamente cada um desses depósitos de seres humanos – e de falta de coordenação institucional entre os diversos atores envolvidos (Presidência da República, Congresso Nacional, Ministério da Justiça, Ministério Público, Judiciário, Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, polícias, entre

outros). Esse sistema disperso e descoordenado de execução penal tem gerado uma profunda inércia e falta de ação e pensamento programáticos no campo penal. Nesse cenário, não se pode esperar muito mais do que a reprodução irrefletida das mazelas de um sistema punitivo caro, seletivo, desumano e inábil para enfrentar de maneira racional os problemas sociais que decorrem das mais diversas formas de criminalidade.

A fim de banir as disfuncionalidades do sistema de justiça criminal e por fim às graves violações a direitos fundamentais que delas resultam, seria, portanto, necessário implementar grandes mudanças institucionais. E essas mudanças dependem, como se sabe, não apenas de imaginação institucional, mas de vontade política. E para tanto é preciso uma democracia altamente energizada, capaz de superar algumas das irracionalidades que permeiam as pré-compreensões morais sobre o fenômeno criminal²⁶, e de oferecer suporte a um novo pacto nacional de segurança pública²⁷. Esse novo pacto, formulado a partir do compromisso com o Estado de direito e com o princípio da dignidade humana, teria potencial para gerar um novo modelo institucional de aplicação de sanções criminais no Brasil, caracterizado (i) pela inversão da centralidade da pena de prisão pela centralidade de sanções alternativas, (ii) pela flexibilidade controlada da execução das penas, e (iii) pelo irrenunciável compromisso com o respeito aos direitos fundamentais dos presos e apenados.

²⁶ Na síntese de Donini, o direito penal é o ramo do direito mais irracional, violento e autoritário: “São irracionais os autores, que atuam com frequência por pulsões e motivos não controlados racionalmente, para não falar dos casos extremos onde este direito tem que lidar com as expressões puras e incompreensíveis do mal. São irracionais as vítimas, que devem ser neutralizadas em seu instinto de vingança, para cujo controle o direito penal desempenha função decisiva. É irracional o legislador, que ameaça com a pena para tranquilizar as pessoas de medos coletivos frente a riscos supostos ou reais, para obter o consenso político com leis publicitárias, e não funda os tipos penais em estudos empíricos relativos à contenção exercida por outros sistemas alternativos ao penal” (DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 335, tradução livre do autor).

²⁷ A segurança pública informada pelo princípio democrático deve se centrar na ideia de que a segurança é um serviço público a ser prestado pelo Estado, abandonando a lógica do combate contra criminosos: “O cidadão é o destinatário desse serviço. Não há mais ‘inimigo’ a combater, mas cidadão para servir. A polícia democrática, prestadora que é de um serviço público, em regra, é uma polícia civil, embora possa atuar uniformizada, sobretudo no policiamento ostensivo. A polícia democrática não discrimina, não faz distinções arbitrárias: trata os barracos nas favelas como ‘domicílios invioláveis’; respeita os direitos individuais, independentemente de classe, etnia e orientação sexual; não só se atém aos limites inerentes ao Estado democrático de direito, como entende que seu principal papel é promovê-lo. A concepção democrática estimula a participação popular na gestão da segurança pública; valoriza arranjos participativos e incrementa a transparência das instituições policiais. Para ela, a função da atividade policial é gerar ‘coesão social’, não pronunciar antagonismos; é propiciar um contexto adequado à cooperação entre cidadãos livres e iguais. O combate militar é substituído pela prevenção, pela integração com políticas sociais, por medidas administrativas de redução dos riscos e pela ênfase na investigação criminal. A decisão de usar a força passa a considerar não apenas os objetivos específicos a serem alcançados pelas ações policiais, mas também, e fundamentalmente, a segurança e o bem-estar da população envolvida” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A segurança pública na Constituição federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. In: *Revista de direito do Estado: RDE*, n. 8, p. 19-73, out./dez. 2007).

Embora não se possa prescindir desse tipo de pensamento criativo, experimental e inovador sob o ponto de vista institucional, o objeto deste trabalho é mais modesto. No vácuo de alternativas institucionais viáveis, pretende-se, com este estudo, investir a jurisdição constitucional de um papel central no processo de constitucionalização do sistema de justiça criminal brasileiro. Essa proposta constitui, portanto, um primeiro passo, marcado por sérias limitações, mas revelador de um grande potencial transformador²⁸. Acredita-se que o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, pode se valer da jurisdição constitucional para promover alterações localizadas – mas estruturais – no sistema de justiça criminal, que lhe confira maior racionalidade e capacidade para conter as graves violações aos direitos fundamentais dos investigados, réus e apenados no Brasil.

A intensificação do controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil exigirá do Judiciário dirigir especial atenção àquilo que o Ministro Luís Roberto Barroso chamou de “virada pragmática” da jurisdição constitucional no campo penal²⁹. Atualmente, o estilo fechado do pensamento dogmático no direito penal – totalmente autorreferencial – tem excluído do campo de visão do jurista qualquer forma de raciocínio empírico³⁰. No entanto, a justiça criminal deve reconhecer que não opera no campo abstrato das ideias, devendo, portanto, buscar, nas palavras do Ministro Barroso, “*os melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos*”.

O aprofundamento da intervenção (legítima e constitucionalmente adequada) do STF no setor da política criminal, a partir dessa “virada pragmática”, exige que a jurisdição constitucional tome decisões informadas, dirigidas à realização de objetivos claros e passíveis de fiscalização, supervisão e alteração supervenientes. Só assim será possível se valer da jurisdição constitucional não apenas para aperfeiçoar as técnicas de interpretação dos dispositivos legais no campo penal, mas também promover alterações estruturais no modo de

²⁸ V., nesse sentido, Allegra M. McLeod, *Decarceration Courts: Possibilities and Perils of a Shifting Criminal Law*, 100 Geo. L.J. 1587 (2012).

²⁹ V. anotações de voto divulgadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no HC 152.752. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

³⁰ Esse tipo de conhecimento convencional no campo penal se contenta em explicar “o delito como ofensa de um bem jurídico, a culpabilidade como reprovação por um mal-uso da liberdade, saldando as contas com o humanismo jurídico mediante a ideologia do tratamento ressocializador por meio do cárcere” (DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 79, tradução livre do autor).

funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro. Como lembrou Donini, se o direito penal está orientado a objetivos – a intervenção punitiva objetiva a realização de consequências reais –, a sua produção e o seu posterior controle de legitimidade não pode prescindir do saber empírico³¹.

Essa ampliação da atuação da jurisdição constitucional no campo penal – sobretudo quando impulsionada para tal “virada pragmática” – deve ser orientada por certos constrangimentos ou limitações. Em primeiro lugar, a aferição da constitucionalidade das leis penais deve ser realizada de modo compatível com as funções primordiais da jurisdição constitucional – garantia de direitos materialmente fundamentais e proteção das regras do jogo democrático. Em segundo lugar, embora a jurisdição constitucional tenha ampliado seu repertório argumentativo nas últimas décadas – em grande parte pela ascensão dos princípios à categoria de normas dotadas de normatividade –, é necessário que o uso de técnicas decisórias intermédias (ou interpretativas) esteja atenta aos limites textuais das leis penais e processuais penais. Por fim, o uso de técnicas decisórias mais criativas de decisão por parte da jurisdição constitucional – chegando até a pronúncia de decisões tipicamente aditivas – deve ser reservado às hipóteses em que a atuação da Corte se dirija a favorecer a situação do réu, nunca para expandir o alcance do poder punitivo para além dos limites textuais dos dispositivos legais controlados. A jurisdição constitucional deve recusar qualquer tentação de traduzir apelos populares pela intensificação da repressão criminal em fórmulas decisórias equiparadas à legislação positiva em desfavor dos indivíduos³².

³¹ V. DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 115, tradução livre do autor. O controle de constitucionalidade das leis penais enfatiza a maior profundidade com que os Tribunais constitucionais têm controlado juízos de natureza empírica ou científica. Para um panorama sobre esse avanço do controle de constitucionalidade sobre aspectos fáticos ou empíricos subjacentes à legislação penal, v., no direito italiano, PULITANÒ, “Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali”, *In* Rev. It. Dir. e proc. Pen., 2008, p. 1004 e ss.

³² Essa advertência se faz necessária no atual contexto brasileiro porque, segundo a visão defendida neste trabalho, o STF proferiu, recentemente, pelo menos uma decisão aditiva em matéria penal em desfavor do réu. Cuida-se do conhecido julgamento da medida cautelar na ADC 43, por meio do qual o STF conferiu interpretação ao art. 283 do CPP – que prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” – para afasta a interpretação segundo a qual a referida norma “impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instancias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”. O voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, resumindo a posição majoritária da Corte, julgava parcialmente procedentes ações declaratórias de constitucionalidade para “conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei no 12.403/2011, para, em juízo de cognição sumária, se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. V. STF, ADC 43 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Redator p/ Acórdão: Min. Edson

3 A política criminal e a magistratura: a jurisdição constitucional como catalizadora da constitucionalização do sistema de justiça criminal

O direito penal é o ramo do direito que apresenta maior grau de interseção com os direitos fundamentais: a sua existência depende da formulação de proibições de conduta (restrição da liberdade geral das pessoas) e da consequente aplicação de sanções (restritivas da liberdade de ir e vir ou de outros direitos fundamentais) para o caso de violação daquelas proibições. A norma penal se baseia, portanto, em pelo menos dois níveis de restrição de direitos fundamentais, sob a premissa de que tanto a proibição da conduta como a aplicação da sanção criminal podem contribuir para a proteção de direitos e interesses de igual ou maior relevância jurídica. A legitimidade do direito penal se baseia, sob o ponto de vista filosófico, na premissa de que a profunda restrição aos direitos fundamentais produzida pela norma penal (e pela sua aplicação concreta às pessoas que violam as proibições penais) é compensada pelo incremento de proteção aos direitos fundamentais dos outros indivíduos³³.

Ocorre que, desde a concepção da estrutura moderna do direito penal liberal até os dias de hoje, a política criminal passou a não mais depender de qualquer comprovação empírica de que essa equação – fundada na ideia de que o direito penal protege direitos fundamentais em igual ou maior medida que os direitos fundamentais por ele restringidos – tenha sustentação no mundo dos fatos. A legitimidade do direito penal se descolou progressivamente do discurso de proteção de direitos fundamentais e passou a se alimentar, exclusivamente, de uma empobrecida

Fachin, Tribunal Pleno, j. em 05.10.2016. A técnica decisória da *interpretação conforme* permite que o STF exclua interpretações da lei incompatíveis com a Constituição, chegando até mesmo a fixar a única interpretação constitucionalmente admissível da lei. Já as *sentenças aditivas* realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio de criação de um novo segmento normativo (não referível a um dispositivo legal pré-existente). Não há dúvida de que a norma criada pelo STF está fora limites textuais do dispositivo legal interpretado (art. 283 do CPP). O caso é de típica sentença aditiva. Essa decisão revela um uso inapropriado da “virada pragmática” no controle de constitucionalidade de normas penais porque fere gravemente o princípio da legalidade estrita no campo penal ao criar norma de conteúdo misto (penal e processual penal) em desfavor do réu.

³³ V. por todos, HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008; ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. No mesmo sentido: “O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade” (STF, HC 92910, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 20.11.2007).

e amorfa compreensão de que quanto maior for a intensidade da repressão penal melhor e menos violenta será a vida em sociedade.

Entretanto, não se pode pensar que a criminalidade comum – não organizada – será reduzida com o endurecimento do direito penal. Diferentemente do que se possa imaginar, os índices de criminalidade não variam de acordo com a intensidade da resposta penal. A conclusão a que chegaram diversos estudos, que serão sintetizados abaixo, é que o crime comum é resultado, em grande medida, da desorganização social. Há países mais pobres (e quase tão desiguais) que o Brasil, como a Índia ou o Peru, nos quais as taxas de crimes comuns é bastante inferior à nossa. Nesses países, a sociedade civil é mais bem organizada, por tradições culturais ou religiosas. Vigilância, participação e comunicação – estimulando a responsabilidade comunitária de uns pelos outros – apresentam maior potencial de redução da criminalidade comum quando comparados com o combate ao crime pelo endurecimento da repressão criminal³⁴.

A mais relevante pesquisa sobre o tema, desenvolvida por Sampson e Morenoff e Gannon-Rowley, demonstrou que o fator com maior potencial para reduzir a violência e a criminalidade comum é a chamada eficácia coletiva (*collective efficacy*)³⁵ – caracterizada como “a capacidade diferencial que as vizinhanças demonstram em realizar os valores comuns dos moradores e em manter controles sociais efetivos sobre as pessoas em socialização”³⁶. Em continuidade a essa primeira pesquisa, os mesmos autores agregaram novos componentes que, juntamente com a eficácia social, determinam os índices de criminalidade: a conexão entre as desvantagens econômicas e o isolamento geográfico dos afro-americanos, os diversos problemas sociais vicinais (desordem social e física, mortalidade infantil, abandono da escola, abusos contra crianças) e também a eficácia dos recursos institucionais (escolas, bibliotecas,

³⁴ A esse respeito, Alba Zaluar e Ana Paula Alves Ribeiro esclarecem que “ainda nas teorias sobre a criminalidade, o conceito de capital social operou como elemento que indicaria as diferenças entre localidades, que explicariam a variação nas taxas de crime. Comunidades com maior capital social, ou seja, onde existisse mais confiança, mais reciprocidade, mais sociabilidade, mais solidariedade e mais associações vicinais, teriam taxas de criminalidade mais baixas e escolas mais eficientes” (ZALUAR, Alba; RIBEIRO, Ana Paula Alves. *Teoria da eficácia coletiva e violência: o paradoxo do subúrbio carioca*. Novos estud. - CEBRAP[online]. 2009, n.84, p. 179).

³⁵ SAMPSON, Robert J; RAUDENBUSH, Stephen W; EARLS, Felton. *Neighborhoods and violent crime: a multilevel study of collective efficacy*. Artigo disponível em: <<http://www.d.umn.edu/~jmaahs/MA%20Theory%20Articles/Sampson%20et%20al%20collective%20efficacy.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

³⁶ ZALUAR, Alba; RIBEIRO, Ana Paula Alves. *Teoria da eficácia coletiva e violência: o paradoxo do subúrbio carioca*. Novos estudos – CEBRAP, n. 84, p. 180.

centros de atividades recreativas, centros de saúde, agências de apoio, oportunidades de emprego)³⁷.

Outros estudos corroboram a ideia de que a articulação organizacional da vizinhança tem mais impacto sobre a criminalidade do que a repressão criminal³⁸. A aplicação dessas ideias à realidade brasileira exige maior esforço no estabelecimento de condições mínimas de segurança pública que tornem a eficácia coletiva mais intensa e produtiva³⁹. Além disso, as graves falhas de funcionamento das instituições públicas em todas as partes do Brasil contribuem enormemente para a desagregação social e para a formação de milícias, fatores que também impactam de forma relevante os índices de criminalidade⁴⁰. As práticas policiais baseadas no poder de fogo e a militarização dos traficantes de drogas impedem a consolidação de uma sólida e eficaz cultura cívica de participação na resolução dos problemas locais de segurança pública.

Ainda que algumas comunidades pobres do Brasil tenham desenvolvido certa confiança mútua e capacidade organizacional das comunidades mais pobres, tais elementos não têm demonstrado sua aptidão para reduzir a criminalidade. É que a ativação da eficácia social como chave de mudança estrutural na criminalidade comum que assola os brasileiros depende do atendimento a certas pré-condições, entre os quais: (i) a melhoria das condições institucionais de repressão ao crime organizado – ao tráfico internacional de armas, de drogas e de pessoas; (ii) a criação e a renovação das instituições públicas de educação, saúde e assistência, especialmente nas áreas mais carentes dos centros urbanos; e (iii) a superação das práticas

³⁷ SAMPSON, Robert J.; MORENOFF, Jeffrey D.; GANNON-ROWLEY, Thomas. Assessing neighborhood effects: social processes and new directions in research” *Annual Reviews Sociology*, vol. 28, 2002, p. 443-78.

³⁸ HUNTER, Albert. Private, parochial and public social orders: the problem of crime and incivility in urban communities. In: SUTTLES, G. e ZALD, M.(orgs.). *The challenge of social control*. Norwood, NJ: Ablex Publishers, 1985.

³⁹ ZALUAR, Alba; RIBEIRO, Ana Paula Alves. *Op. cit.*, p. 190.

⁴⁰ Alba Zaluar e Ana Paula Alves Ribeiro afirmam, sobre a criminalidade na cidade do Rio de Janeiro, que “[o]s moradores dessas áreas pobres não contam com os serviços públicos de qualidade nos setores da saúde e da educação e têm de enfrentar os efeitos desastrosos da falta de policiamento, com incursões eventuais e violentas de forças policiais que não se guiam pelas normas estabelecidas na lei. Este é mais um elemento a ser adicionado para se compreender a facilidade com que se deu o domínio dos traficantes armados sobre seus territórios. As falhas dos serviços públicos, como os transportes públicos precários e a própria moradia, acabam por garantir ainda mais a criação de mercados ilegais de transportes alternativos e ou tras mercadorias e serviços inflacionados no local, além de transações imobiliárias informais, negócios dominados tanto pelas “milícias” como pelos comandos do tráfico” (ZALUAR, Alba ; RIBEIRO, Ana Paula Alves. *Op. cit.*, p. 193).

repressivas de “guerra contra os inimigos internos” realizadas por polícias militarizadas, mal remuneradas e com baixíssimo grau de formação.

Essa visão contemporânea que relaciona a redução da criminalidade a fatores de sociabilidade (eficácia social), de desigualdade e de oportunidades sociais de emancipação colocaram em xeque uma ideia que ganhou adeptos no Brasil de que uma política de aumento da repressão criminal seria a peça fundamental para a solução do problema da violência e da criminalidade. A experiência mais estudada de intenso endurecimento do direito penal – a política de “tolerância zero” implementada por Rudolph Giuliani em Nova York na década de 90 – mostra que a redução da criminalidade foi acompanhada de uma onda de abusos policiais: as reclamações por abusos dobraram e o número de pessoas mortas por policiais aumentou cerca de 35%⁴¹. Um dos principais estudos sobre os resultados da política de “tolerância zero” nos EUA, desenvolvido pelo sociólogo Lôic Wacquant, demonstra, com base em rica documentação empírica e alta densidade analítica, que o emprego de mecanismos de repressão à população marginalizada se intensificou independentemente dos índices de criminalidade e que, de fato, não repercutiu diretamente sobre eles⁴². Há extensa pesquisa que demonstra que o fator que mais contribuiu para a redução dos índices de criminalidade em Nova York na década de 90 foi o aumento da participação comunitária⁴³ – a eficácia coletiva –, e não o endurecimento do direito penal (que incidiu quase exclusivamente sobre delitos menores⁴⁴). Além disso, há estudos que apontam a frágil relação de causalidade entre a política de “tolerância zero” e a redução da criminalidade, apontando, por exemplo, que a drástica redução da taxa de desemprego – que caiu cerca de 39% entre 1992 e 1999 – teria sido o principal fator estrutural da queda dos índices de criminalidade no período na cidade de Nova York⁴⁵.

⁴¹ WACQUANT, Loic. O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza. Tradução de Paula Miraglia e Hélio de Mello Filho. *Novos Estudos* CEBRAP 80. Março/2008. p.10.

⁴² WACQUANT, Loic. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2001.

⁴³ SAMPSON, Robert J; RAUDENBUSH, Stephen W; EARLS, Felton. *Neighborhoods and violent crime: a multilevel study of collective efficacy*. Artigo disponível em: <<http://www.d.umn.edu/~jmaahs/MA%20Theory%20Articles/Sampson%20et%20al%20collective%20efficacy.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁴⁴ WACQUANT, Loïs. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁴⁵ SRIDHAR, C. R. *Policing urban crimes: the broken windows theory*. Disponível em: <http://sapientpen.blogspot.com.br/2011/10/policing-urban-crimes-broken-windows_31.html>. Acesso em: 20 out. 2018.

A preocupação, no Brasil, de que os efeitos de abrandamento da repressão criminal provocados pela constitucionalização do direito penal possam aumentar índices de violência e criminalidade são, portanto, infundados⁴⁶. De outro lado, a aposta que tem sido feita em nosso país de enfrentar os problemas da violência e da crescente criminalidade com a intensificação progressiva do direito penal não tem sido bem-sucedida. Pior que isso: essa política criminal marcada por demandas de ampliação da intervenção penal se mostrou contraproducente⁴⁷. O sistema de justiça criminal brasileiro – marcado por grave seletividade, enorme injustiça procedimental e inegável desumanidade no cumprimento das penas de prisão – não tem beneficiado o país com resultados positivos na redução da violência e da criminalidade. Vale aqui a advertência feita por Luís Roberto Barroso: *“Einstein é creditado com uma frase – que, entretanto, aparentemente não é dele – que se aplica bem a este caso: insanidade é fazer a mesma coisa de novo e de novo e esperar resultados diferentes”*⁴⁸.

Nesse contexto, a constitucionalização do campo penal defendida neste trabalho surge como mecanismo essencial para fazer cessar a enorme variedade de violações aos direitos fundamentais da grande maioria dos investigados, réus e apenados – o que deve constituir o objetivo principal de qualquer reforma criminal, ao menos na realidade brasileira. A paralisia gerada pelo medo de promover alterações nesse campo deve ser superada em favor do esforço de inserir no campo da estrita legalidade todas as práticas penais. Esse esforço constitui apenas mais um passo na direção da afirmação da ideia de Estado constitucional de direito no campo penal. O desencanto com o sistema de justiça criminal brasileiro é fruto, em grande medida, da impossibilidade de atingir qualquer tipo de reforço à consciência de respeito à lei por meio de

⁴⁶ A propósito, já afirmou o Tribunal constitucional espanhol: “Como é reconhecido na doutrina científica, apoiada em dados empíricos, as características do controle judicial e do processo penal, também em relação aos menores, já exibem um efeito comunicativo de alerta que serve aos propósitos de prevenção geral. Lembre-se da velha máxima de Beccaria afirmando que ela dissuade mais a não-impunidade do que a gravidade da punição com a qual está ameaçada, ou que vale uma certa penalidade, embora não seja grave, do que uma penalidade muito séria cuja aplicação é incerta. Máximo que eu levanto para destacar que a realização de propósitos gerais de prevenção não está necessariamente associada com a necessidade de impor penalidades ou sanções de aflição agravada. Não se pode ignorar que, sob o advento de necessidades gerais de prevenção, meros objetivos de apaziguamento simbólico ou político podem ser ocultados de outro aspecto cuja legitimação é mais problemática” (TCE, Sentencia 160/2012, de 20 de septiembre de 2012).

⁴⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergências e política criminal: o futuro do Direito Penal Brasileiro. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, p. 411-436, jan./dez. 2008.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. A guerra perdida. Artigo disponível em: <<http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/11/A-guerra-perdida.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

práticas forjadas à margem da lei. O Estado deve cumprir a lei para exigir que ela seja cumprida⁴⁹.

Tome-se uma cena hipotética – mas construída à luz das características reais e das estatísticas que informam o sistema de justiça criminal brasileiro⁵⁰ – para ilustrar a urgência de um amplo e profundo processo de constitucionalização do campo penal no Brasil: em uma pequena e insalubre cela de um presídio extremamente violento, com capacidade para apenas quatro detentos, dezesseis homens estão presos⁵¹. Dos dezesseis homens, onze são jovens negros que somente cursaram o ensino fundamental. Não há separação entre presos definitivos e provisórios. Sete deles não foram julgados sequer em primeiro grau (foram presos em flagrante e tiveram a prisão preventiva decretada em audiência de custódia realizada com atraso e sem que tivessem direito à entrevista prévia e reservada com um advogado). Cinco desses dezesseis detentos respondem por tráfico de pequenas quantidades de drogas: sem emprego formal, foram cooptados pelo mercado do tráfico para transportar pacotes de maconha e cocaína das favelas para os consumidores em bairros de classe média alta. Outros sete estão presos pela prática do crime roubo (com ameaça às pessoas, mas sem violência real): a metade dos episódios envolvia roubo de bens pessoais (carteira, relógio e celular) com ameaça por arma de brinquedo. Dois detentos cometeram furtos: um em um pequeno supermercado e outro dentro de um carro estacionado no centro da cidade. E os últimos dois cometeram, respectivamente, estelionato contra a Previdência Social (fraude para recebimento de aposentadoria) e homicídio simples (como resultado de uma briga trivial em um bar da periferia da cidade).

Ainda nesse cenário hipotético (baseado em fatos e dados reais), verifica-se que, dos sete presos provisórios, três deles estão presos por mais de um ano aguardando apenas que a sentença seja proferida para que sejam colocados em liberdade. Inclusive, um deles será

⁴⁹ Essa ideia está na base da teoria da prevenção geral positiva da pena de Hassemer. V. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp. 416 e ss.

⁵⁰ A cena hipotética foi construída com base em premissas empíricas extraídas no último censo penitenciário abrangente publicado no Brasil: BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

⁵¹ Essa proporção é realista no contexto brasileiro atual: o Estado do Amazonas tem quase cinco presos por vaga e o Estado do Pernambuco tem três presos por vaga. V. BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

absolvido por falta de provas e outros dois receberão penas restritivas de direito. Dos nove detentos já condenados, apenas quatro recorreram da sentença (três foram defendidos pela defensoria pública e um por advogado particular). Os outros cinco, embora manifestassem discordância com a severidade ou a justiça da sentença, não recorreram por falta de disponibilidade de defensores públicos. Quatorze dos dezesseis detentos daquela cela foram presos em flagrante e apenas a metade deles passou por audiências de custódia, que converteram os flagrantes em prisões preventivas para garantia da ordem pública (embora a maioria deles fosse primário). De todos os detentos que dividiam a fétida cela, apenas um teve direito a se entrevistar reservadamente com seu defensor antes da audiência de interrogatório. Os demais conheceram seu defensor no momento em que entraram, algemados e de cabeça baixa, na sala de audiência. A única prova produzida, nos processos de oito daqueles detentos, foi a oitiva do policial que efetuou a prisão em flagrante, limitada à confirmação da versão oferecida perante o delegado de polícia.

Prosseguindo na construção da cena hipotética, a cela onde esses homens se encontram tem pouca iluminação, o único vaso sanitário fica no canto da cela (sem qualquer divisão interna) e o espaço não oferece mínimas condições de salubridade. Para dormir deitado em colchão no chão imundo da cela, o preso tem que pagar cem reais por semana ao chefe da ala do presídio, um conhecido traficante de drogas que domina e oprime uma grande comunidade carente de uma das favelas da cidade. Além disso, para não ser agredido física, psicológica e sexualmente – ou para reduzir as chances de agressão –, o detento deve se comprometer a integrar o exército da organização criminosa comandada pelo traficante. Nenhum dos presos tem acesso à educação ou ao trabalho na penitenciária: os dias passam devagar naquela cela insalubre e superlotada.

Muitos dirão que essa triste cena, tão comum nos presídios brasileiros, é apenas o resultado de uma política criminal que fracassou. E, como problema político, deve ser resolvido pelos representantes eleitos, seja abrandando as leis penais, seja melhorando as condições das penitenciárias, ou, ainda, apostando na criação contínua de novas vagas no sistema prisional⁵².

⁵² Essa abordagem – que procura a solução para o escusável estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro prioritariamente na construção de novas vagas –, apesar de suas fragilidades sistêmicas – falta de atenção às causas da superlotação carcerária, desatenção ao aprofundamento da *cultura do encarceramento* arraigada no sistema de justiça criminal e ausência de discussão sobre o desrespeito global aos direitos (legais e supraleais) dos presos brasileiros –, continua no centro do debate entre as principais instituições encarregadas de formular e aplicar a política criminal brasileiro. V., a propósito, recente reunião entre a Ministra Cármen Lúcia, na qualidade de Presidente do STF, e os Ministros da Segurança Pública, Raul Jungmann, e do TCU, Raimundo

Mas esse não é um problema exclusivamente político: as múltiplas violações aos direitos fundamentais desses detentos constituem problemas essencialmente jurídicos que resultam da baixa eficácia das normas constitucionais no campo penal. E é justamente nesse campo que a jurisdição constitucional deve atuar de forma particularmente intensa, de modo a permitir, no mínimo, que o direito penal se expresse por meio de um processo legítimo e resulte na aplicação e execução de penas proporcionais que respeitem a dignidade dos condenados.

Não cabe à jurisdição constitucional promover uma revolução institucional no direito penal brasileiro. Isso está além das capacidades dos juízes e Tribunais constitucionais. Mas incumbe à jurisdição constitucional impedir que o sistema de justiça criminal se desenvolva à margem da Constituição. Esse desafio, contudo, ainda não foi incorporado nem à teoria nem à prática do direito constitucional brasileiro. Para Daniel Sarmento, o drama carcerário é a mais grave questão de direitos humanos no Brasil contemporâneo, e o enfrentamento do inferno inconstitucional que é nosso sistema prisional constitui a tarefa mais importante e urgente do STF⁵³. Essa visão pode ser incorporada a uma proposta ainda mais abrangente: o sistema de justiça criminal como um todo – cujo subproduto mais evidente é esse sistema prisional cruel e desumano – padece de múltiplas e profundas inconstitucionalidades e a superação desse estado de coisas depende, em grande medida, da ativação, pela jurisdição constitucional, de mecanismos de desbloqueio da inércia da falida política criminal praticada no Brasil.

O debate programático tem sido limitado, nos dias atuais, por um dilema assim sintetizado por Mangabeira Unger: (i) as propostas que se afastam da realidade existente acabam sendo vistas como fantasias utópicas, cuja capacidade de transformar a realidade social parece bastante reduzida ou nula; (ii) as propostas que se mantêm muito próximas da realidade social existente sugerem ajustes tão marginais que dificilmente produzem mudanças relevantes e pelos quais dificilmente vale a pena lutar. A imaginação programática tem alternado entre esses extremos, vale dizer, entre a redefinição sem esforço e a rendição incondicional⁵⁴. Esse dilema, como enfatiza Mangabeira Unger, é falso. Qualquer transformação institucional de

Carneiro. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=372073>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁵³ SARMENTO, Daniel. *As masmorras medievais e o Supremo*. 2015. Disponível em: <<http://www.jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁵⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*. 3a ed. Londres: Verso Books, 2015, p. 104.

caráter estrutural pode ser descrita sob essa dupla perspectiva: (i) pela parcial proximidade com a realidade sobre a qual incide e (ii) também pelo seu parcial distanciamento dessa mesma realidade. O importante é situar o pensamento programático na direção certa e decidir sobre o próximo passo a ser tomado⁵⁵. Se é certo que a direção pode ser claramente identificada, também é possível supor que os primeiros passos podem e devem ser trilhados pela jurisdição constitucional, notadamente pelo STF. Os próximos passos resultarão do diálogo com o legislador, com os juízes criminais, com a sociedade civil, e exigirão a avaliação qualitativa das primeiras intervenções do STF no sistema de justiça criminal.

A proposta deste trabalho, ao pretender desenhar um programa de atuação para a jurisdição constitucional no campo penal, tenta fugir desse dilema contemporâneo de classificar as alternativas progressistas em utópicas ou triviais. O objeto é estabelecer premissas a partir das quais seja possível promover redefinições relevantes nesse setor – no âmbito do qual a inércia institucional tem resultado no progressivo aprofundamento das falhas e inconsistências da política criminal –, sem, entretanto, fazer da jurisdição constitucional um meio de imposição de teorias particulares, tais como o abolicionismo⁵⁶ e o minimalismo radical⁵⁷.

⁵⁵ Mangabeira Unger, a esse respeito, afirma que “os dois mais importantes aspectos da proposta são a definição da direção e a definição dos primeiros passos pelos quais, a partir de onde estamos agora, podemos nos mover naquela direção. Nós podemos formular qualquer proposta que valha a pena pensar sobre os pontos que são relativamente próximos de como as coisas são agora ou relativamente longe” (UNGER, Roberto Mangabeira. *The Left Alternative*. London: Verso, 2005, p. 21).

⁵⁶ A principal versão do abolicionismo no mundo é aquela propugnada por Louk Hulsman, que afirma, em síntese, que o sistema penal é um problema em si mesmo, e que a única forma de o superar é a sua definitiva abolição. V. HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

⁵⁷ Contudo, deve-se reconhecer que diversas propostas defendidas nesta tese coincidem, em substância, com premissas que orientam algumas versões do minimalismo penal. Em comum, é possível identificar, (i) a crítica à pena privativa de liberdade, (ii) a maciça violação a direitos fundamentais dos presos, (iii) a dissociação entre a execução das penas e a finalidade ressocializadora e (iv) a necessidade de reconexão entre o direito penal e as garantias constitucionais. Para uma visão geral da mais conhecida versão do minimalismo penal, V. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Também se aproxima, em alguns de seus elementos, da versão de abolicionismo proposta por Juarez Tavares, nos seguintes termos: “Parece utópico pretender-se eliminar o poder de punir, o sistema penal. (...) O abolicionismo deve ser compreendido como um processo contínuo e ininterrupto de descentralização de poder, no sentido de seu preenchimento por organismos comunitários, com vistas solucionar os conflitos sem a interferência do aparato policial e judicial. O abolicionismo precisa, assim, ser conquistado todos os dias. Há muitos passos nessa conquista: a redução de danos ou justiça restaurativa, a ampliação dos casos de descriminalização, a eliminação da prisão por dívida, a substituição obrigatória da pena por medidas alternativas, a contenção da prisão preventiva, a restrição cada vez maior dos procedimentos acusatórios e também da judicialização coativa dos conflitos” (TAVARES, Juarez. *A crise de segurança e o sistema punitivo no capitalismo tardio* (Pequeno ensaio em homenagem a Nilo Batista), Mimeo, 2015).

Para certas correntes de pensamento críticas ao direito penal e à pena de prisão, a única mudança fundamental possível é a substituição completa do sistema atual por um outro, não punitivo, não vingativo, menos estatal, mais comunitário, enfim, algo que não seja o direito penal tal como o conhecemos hoje. Mas as mudanças fragmentárias ou parciais são igualmente fundamentais. A ideia abolicionista do direito penal – embora se sustente em louvável ideal humanista – pode produzir, no mundo real, resultado oposto ao pretendido. Vista pela imensa maioria das pessoas, inclusive pelos juristas, como uma utopia irrealizável, a defesa do abolicionismo acaba produzindo um efeito paralisante sobre as iniciativas fragmentárias de transformação do sistema de justiça criminal. Há um paradoxo entre o propósito das ideias tidas como fundamentais – que propõem a substituição integral do sistema punitivo – e a apatia que elas geram no contexto atual em que vige um certo tipo realismo político e social⁵⁸. As alternativas de transformação do insustentável estado de coisas vigente no sistema criminal brasileiro não são indivisíveis e tampouco exaustivas. O presente trabalho adota como premissa filosófica e metodológica a ideia de que a jurisdição constitucional pode contribuir, dentro do marco da legalidade e dos limites funcionais do Poder Judiciário, para a implementação de mudanças institucionais e estruturais relevantes, embora fragmentárias e incompletas, no sistema de justiça criminal brasileiro⁵⁹.

⁵⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *The Left Alternative*. London: Verso, 2005, pp. 21-22.

⁵⁹ Não é estranha à cultura jurídica contemporânea a intervenção judicial estrutural, embora episódica, em determinados tipos de formações institucionais. A propósito, Mangabeira Unger lembra do desenvolvimento das decisões judiciais conhecidas nos Estados Unidos como *strutural injunctions* como formas de experimentalismo judicial de natureza estrutural: “Que força impede o desenvolvimento do pensamento jurídico de se mover da descoberta da indeterminação institucional do livre mercado, sociedades, e políticas para a exploração da sua diversidade de possíveis formas institucionais? Podemos lançar uma luz oblíqua, mas reveladora, sobre este enigma, reconsiderando-o na perspectiva do que veio a ser conhecido na lei americana como o problema da execução complexa e das injunções estruturais. Embora o dispositivo processual tenha se desenvolvido mais plenamente nos Estados Unidos do que em qualquer outro lugar, a oportunidade que explora na relação do direito com a sociedade está se tornando universal. O novo modo de intervenção processual parece ser uma extensão natural e instrumento da ideia central do direito contemporâneo. No entanto, as incongruências da sua teoria e prática tornam ainda mais surpreendente o desenvolvimento detido dessa ideia. Paralelamente ao estilo tradicional de adjudicação, com sua ênfase na atribuição de direitos estruturais entre os litigantes individuais, surgiu uma prática adjudicativa diferente, com agentes, métodos e objetivos diferentes dos do estilo tradicional. Os agentes desta prática alternativa são coletivos e não individuais, embora possam ser representados por litigantes individuais. O processo de ação de classe é a ferramenta mais direta dessa redefinição de agentes. O objetivo da intervenção é remodelar uma organização ou uma área de prática social localizada que frustra o gozo efetivo dos direitos. A circunstância característica da frustração é aquela em que a organização ou a prática sob escrutínio viram o aumento da desvantagem e da marginalização que suas vítimas são impotentes para escapar. A subjugação, localizada e, portanto, remediadora, é o mal paradigmático abordado pela intervenção reconstrutiva. O método é o esforço para avançar mais profundamente no contexto causal da vida social do que a adjudicação tradicional favoreceria, reformulando os arranjos encontrados de forma mais imediata e poderosamente responsável pelo mal questionado. Assim, o remédio pode exigir que um tribunal intervenha em uma escola, uma prisão, um sistema escolar ou um distrito de votação e para reformar e administrar a organização ao longo de um período de tempo. A aplicação complexa exigirá uma combinação mais íntima e sustentada de argumentos prescritivos e investigação causal do que caracterizou o raciocínio dos advogados” (UNGER, Roberto Mangabeira. *Legal Analysis as Institutional Imagination*. *The Modern Law Review*, vol. 59, n. 1, 1996, p. 4).

O sistema de justiça criminal brasileiro exige uma ampla revisão no seu modo de funcionamento que seja capaz de concretizar cinco objetivos simples e amplamente aceitos pelo conhecimento jurídico convencional: (i) paralisar imediatamente (ou, quando menos, reduzir intensamente) a sistemática e gravíssima violação de direitos fundamentais dos presos; (ii) racionalizar o uso da pena de prisão para torná-la uma sanção de *ultima ratio*, contribuindo para o arrefecimento da *cultura do encarceramento* arraigada no sistema; (iii) impedir a generalização da prisão provisória como técnica de antecipação da punição⁶⁰, especialmente nos casos em que a prisão cautelar se aplica a quem não receberá pena privativa de liberdade ao final do processo; (iv) impor um mínimo de rigor procedimental – exigindo estudos, debates, razões e prognósticos do legislador – para a aprovação de leis penais que criminalizem novas condutas ou elevem penas dos crimes já existentes; e (v) transformar em realidade as promessas de efetividade e celeridade do processo penal brasileiro. Esse conjunto de objetivos já se encontra submetido ao debate público, e não se apresenta sequer como original em seus aspectos principais. A pretensão deste trabalho é informar e diagnosticar os déficits de constitucionalização do direito penal⁶¹ com maior precisão, e, no momento seguinte, sistematizar e organizar parâmetros de atuação da jurisdição constitucional na superação dessas deficiências estruturais do sistema de justiça criminal brasileiro.

Nos últimos anos, após um crescimento vertiginoso da judicialização de políticas públicas no Brasil, cresceu a desconfiança sobre a capacidade do Poder Judiciário de contribuir de forma justa e eficaz para a fruição de direitos fundamentais. Os resultados da ampliação da participação dos juízes na formulação e execução de políticas públicas como a de distribuição de medicamentos ou de saneamento básico mostram uma tendência de redistribuição irracional e desordenada de recursos públicos, muitas vezes reforçando a desigualdade que essas políticas públicas deveriam enfrentar⁶². O papel que a jurisdição constitucional pode exercer no âmbito

⁶⁰ Como afirmou o Ministro Gilmar Mendes em recente artigo, “[n]ão vamos resolver a impunidade ou a morosidade judicial antecipando penas, muitas vezes injustamente, mas apenas criar novos problemas”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/01/1951039-em-defesa-do-habeas-corpus.shtml>>. Acesso em 12.03.2018.

⁶¹ A expressão “constitucionalização do direito penal” é utilizada neste trabalho como sinônimo de constitucionalização do campo penal, abrangendo não apenas o direito penal material, mas também aspectos centrais do direito processual penal e também da execução penal.

⁶² Sobre o tema, V. SILVA, Virgílio Afonso da. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights*. Disponível em: <<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2017. A propósito dos efeitos da judicialização na concretização do direito sanitário, v. BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation rights,

das políticas públicas parece ser mais limitado do que se imaginou no auge da *euforia juricêntrica*. Não se deve apostar na capacidade dos juízes de substituir o legislador e o administrador na elaboração e execução das políticas públicas em geral, mas sim exigir o progressivo aperfeiçoamento, controlar a legitimidade dos parâmetros utilizados pelo legislador e pelo administrador e incentivá-los a corrigir equívocos evidentes (erros de prognóstico ou irracionalidades patentes)⁶³.

Ocorre que a participação do Judiciário na política criminal é substancialmente diversa daquela usualmente verificada nas políticas públicas em geral. Para começar, são os juízes os principais executores da política criminal desenhada pelo legislador. Essa circunstância não pode ser subdimensionada, na medida em que juízes são executores particularmente criativos: a interpretação das normas penais contribui enormemente para a definição do próprio conteúdo da política criminal. Os juízes são, portanto, os principais atores da execução da política criminal. E essa execução envolve uma particular e extensa liberdade decisória por parte dos juízes⁶⁴. A jurisdição constitucional no campo penal, especialmente aquela desempenhada pela Corte constitucional, tem os juízes como interlocutores preferenciais. No mesmo sentido, Donini afirmou: “a excessiva valorização do direito penal como ‘norma’ e do princípio da divisão de poderes conduziu à infravalorização do significado do papel institucional da magistratura como fonte de direito”, como “portadora de política interpretativa subordinada à lei e à Constituição, mas dotada de margens para tomar decisões autônomas”. Tanto isso é

public law litigation, and inequality: a case study from Brazil. *Health and Human Rights Journal*, v. 16, n. 2, p. 35-46, 2014.

⁶³ Para uma crítica pertinente a respeito do tema, V. SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586. Em direção semelhante, Virgílio Afonso da Silva defende que o Judiciário deveria “pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência os direitos sociais” (SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 598).

⁶⁴ Essa percepção, embora não incorporada ao conhecimento convencional no Brasil, já está registrada em importantes trabalhos doutrinários. Isaac Sabbá Guimarães, por exemplo, captou essa realidade com precisão: “a desconstrução de antigos paradigmas e a construção de novos, plasmados na jurisprudência, orientarão as estratégias de controle do fenômeno criminal. A desconstrução de antigos paradigmas e a construção de novos, plasmados na jurisprudência, orientarão as estratégias de controle do fenômeno criminal” (GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Ativismo, discricionariedade judicial e a problemática da política criminal. In: *Revista CEJ*, v. 18, n. 63, pp. 52-53, maio/ago. 2014).

verdade que, hoje em dia, não há “*um operador prático (e tampouco teórico sério) que acredite ‘conhecer o direito’, sem ‘conhecer a jurisprudência’*”⁶⁵.

No contexto do controle da política pública criminal, ademais, o fato de o Poder Judiciário um papel protagonista é capaz de amenizar as dificuldades de harmonização entre o exercício da jurisdição constitucional e as competências dos órgãos executivo e legislativo – potencializadas pela diversidade de capacidades institucionais. Isso porque o diálogo entre a magistratura e a Corte constitucional é facilitada não apenas por mecanismos institucionais, mas também pela cultura, ainda em consolidação no Brasil, de respeito aos precedentes do órgão de cúpula do Poder Judiciário⁶⁶. Além disso, diferentemente das políticas públicas em geral, no campo penal não há dúvida de que a jurisdição constitucional pode – e deve – atuar. Afinal, estão em jogo os direitos fundamentais da população carcerária, que constitui seguramente uma minoria estigmatizada e invisível, privada de voz e voto. É justamente nesse contexto que, como advertiu Daniel Sarmiento, “*uma teoria atenta às capacidades institucionais dos juízes*” recomenda “*não uma postura deferente em relação às decisões dos outros poderes do Estado, mas exatamente o oposto*”⁶⁷.

Se o Brasil hoje enfrenta uma grave crise de superpopulação carcerária é porque, de um lado, o legislador tem apostado em reformas que, em geral, intensificam as sanções criminais⁶⁸, e, de outro, porque os juízes brasileiros têm aplicado a lei de modo a privilegiar a pena de prisão como sanção definitiva e a prisão preventiva como medida cautelar⁶⁹. Mesmo quando o legislador modifica a lei com o objetivo de reduzir a população carcerária – como ocorreu com

⁶⁵ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 270.

⁶⁶ Luís Roberto Barroso afirmou que “no Brasil dos últimos anos, o papel da jurisprudência teve tal expansão que alguns autores passaram a incluí-la no rol das fontes formais de direito. Independente de se aderir ou não a esta doutrina, é inegável o movimento no sentido de se valorizar o papel dos precedentes judiciais” (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito Constitucional* – Tomo IV, 2ª edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 270).

⁶⁷ SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidade Institucional do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 312-313.

⁶⁸ Marcelo Neves ressalta a existência de um tipo legislação simbólica, a legislação-álibi, no âmbito penal, seara em que “as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes” (NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 34 e ss.).

⁶⁹ A magistratura brasileira não é simples coadjuvante no processo de sistemática violação aos direitos fundamentais dos presos, senão seu elemento propulsor, uma vez que contribui ativamente para um projeto de ampla encarcerização – acionando voluntariamente a ordem jurídica vigente para estender, por via interpretativa, a aplicação de penas privativas de liberdade e de prisões cautelares –, ao mesmo tempo em que consente, ainda que por omissão, a ofensa, por parte do Estado, aos direitos mais básicos dos presos.

a recente criação de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva –, a resistência dos juízes em substituir a persistente *cultura do encarceramento* tem impedido a concretização dos objetivos que informaram a criação da política pública⁷⁰.

Em suma: este trabalho não aposta na capacidade do Poder Judiciário de formular, de forma abrangente, a política criminal⁷¹. Além da objeção democrática a esse tipo de atuação, o protagonismo judicial na ampla construção da política criminal esbarra na falta de capacidade institucional do Judiciário para a realização de opções que envolvam conhecimentos técnicos fora da área jurídica, especialmente consideradas as limitações impostas pela própria técnica processual de solução de conflitos pelos juízes. É conhecida, entre nós, a resistência à formulação judicial de políticas públicas complexas, principalmente porque as variáveis de ordem fática e econômica fogem quase que completamente ao campo de visão dos juízes⁷². Como afirmou Luís Roberto Barroso, “*temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico*”⁷³.

Apesar da baixa capacidade institucional do Judiciário para formular ou construir programaticamente a política criminal, é preciso, contudo, reconhecer que a participação

⁷⁰ Um bom exemplo de que como a persistente cultura do encarceramento presente na magistratura brasileira pode ser identificado a partir do fracasso da Lei 12.403/2011 – que criou medidas cautelares alternativas à prisão preventiva no Brasil –, que não atingiu o objetivo de redução do encarceramento preventivo em razão, principalmente, da resistência dos juízes em substituir a opção da prisão cautelar por outras medidas menos drásticas. V, sobre o tema, SOUSA FILHO, Ademar. *Uma proposta de redução do encarceramento preventivo*, 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/uma-proposta-de-reducao-encarceramento-preventivo-19012017>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

⁷¹ É bastante difundida no direito constitucional contemporâneo a ideia de que não cabe a juízes impor escolhas que lhes pareçam melhores, mas sim barrar opções inválidas e garantir desde logo direitos que não estejam à disposição das maiorias. V. BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006. Especificamente em relação às disfuncionalidades do sistema de justiça criminal, a literatura norte-americana, em geral, tem documentado as possibilidades de reforma da justiça penal através de vias democráticas de litígio, legislação e ativismo parecem sombrias. Segundo Janet Moore, a narrativa dominante tem boas razões para o ceticismo em relação à judicialização e ao ativismo como meios viáveis para amenizar o quadro dramático do sistema carcerário, e também como meio para obter maior transparência, justiça e *accountability* no processo de formação e implementação das leis penais e processuais penais. A desesperança, segundo essa autora, não está confinada a um grupo de teóricos e profissionais do sistema de justiça criminal: a mesma desesperança atinge também os movimentos mais amplos de justiça racial e econômica. V. MOORE, Janet Moore, *Democracy Enhancement in Criminal Law and Procedure*, *Utah Law Review*, vol. 543, 2014.

⁷² Para uma crítica pertinente a propósito do tema: SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, *Revista de Direito do Estado*, vol. 13, 2009.

judicial na concretização dessa política pública se dá de maneira particularmente intensa. *Em primeiro lugar*, a política criminal tem sua aplicação necessariamente mediada por juízes: as restrições de direitos fundamentais no campo penal estão estritamente submetidas à reserva de jurisdição. A aplicação de sanções criminais é tarefa que, por força do avanço civilizatório promovido pelas revoluções liberais, está reservada aos juízes. Até mesmo a execução das penas, embora exija a coparticipação da administração pública, é dirigida e supervisionada pelo Judiciário. Assim, se o desenho institucional da política criminal é dado pelo legislador, a sua concretização pelos juízes não é tarefa de simples execução⁷⁴. O componente criativo presente no momento da interpretação e aplicação das normas penais é bastante abrangente, fazendo do Judiciário uma engrenagem fundamental do próprio conteúdo da política criminal concretamente experimentada no país. Essa coautoria do Judiciário na concretização da política criminal se torna especialmente relevante na medida em que se considera o dever imputado aos juízes de interpretar as normas penais conforme a Constituição. Esse esforço – em parte realizado pela doutrina⁷⁵ e pela jurisprudência, ainda que insuficientemente⁷⁶ – de adaptar o direito penal às exigências impostas pela Constituição de 1988 tem produzido significativo impacto no funcionamento real do sistema de justiça criminal.

Em segundo lugar, convém chamar atenção para a circunstância de que o Judiciário, além da obrigação de interpretar as normas penais conforme a Constituição, tem o dever de controlar a constitucionalidade dessas normas. Ainda que se parta da autocontida – e em certa medida irrealista⁷⁷ e superada – ideia de que a jurisdição constitucional é atividade de pura *legislação negativa*, a anulação de normas penais em conflito com a Constituição possui aptidão

⁷⁴ Existe longa produção doutrinária mostrando a relativa artificialidade na divisão estanque entre os conceitos de normatização, execução e aplicação das normas. Em todas essas fases, com diferentes graus, há algum componente criativo. V., por todos, MORTATI, Constantino. *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo I, Ed. CEDAM, 10ª Ed., Padova, 1991, p. 303.

⁷⁵ No início da vigência da Constituição, Juarez Tavares já chamava a atenção para o potencial transformador da Constituição para o direito penal brasileiro. V. TAVARES, Juarez. Inovações constitucionais no direito penal. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 3, n. 4, p. 51-72 1990.

⁷⁶ A propósito, vale registrar, por todas, as seguintes decisões do STF: (i) o reconhecimento da inconstitucionalidade da utilização da prisão preventiva como mecanismo de antecipação de pena (HC 95009, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 06.11.2008); (ii) a afirmação da inconstitucionalidade da imposição de responsabilidade penal objetiva (AP 516, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 27.09.2010); (iii) o reconhecimento da impossibilidade absoluta do uso de provas ilícitas, mesmo que por derivação (RHC 90376, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 03.04.2007; (iv) a nulidade da prova colhida com violação ao direito constitucional ao silêncio (HC 136331, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 13.06.2017).

⁷⁷ Sobre a questão da superação tanto na experiência jurisprudencial como na teoria constitucional do dogma da identificação do controle de constitucionalidade com a função de legislador negativo, V. SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

para interferir significativamente na ordem jurídica. Apenas para exemplificar, as decisões do STF que declararam a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos⁷⁸ e da vedação à substituição da pena no tráfico de drogas⁷⁹ tiveram grande repercussão no funcionamento do sistema de justiça criminal, impedindo que a *cultura do encarceramento* promovida pelo legislador continuasse a esvaziar o sentido de importantes conquistas civilizatórias como as garantias da individualização da pena, da proporcionalidade e da humanidade das penas.

A política criminal é, portanto, em grande medida construída interpretativamente pelo Judiciário. Tanto a adaptação interpretativa do direito penal às exigências constitucionais – quando se mostrar possível diante dos limites gramaticais e semânticos do texto legal interpretado⁸⁰ – quanto o controle de constitucionalidade em sentido estrito – por meio da declaração de inconstitucionalidade de textos normativos ou de determinadas interpretações deles – fazem parte do modo regular de funcionamento do sistema de justiça criminal. Essas tarefas, embora só parcial e fragmentariamente incorporadas à experiência judicial brasileira, constituem exigências contínuas da boa aplicação das normas no campo penal. Por isso mesmo, este trabalho defende que a jurisdição constitucional – por meio de um contínuo processo de *filtragem constitucional* do direito penal – pode contribuir para a plena juridicização da política criminal, especialmente na contenção dos excessos punitivos e das práticas violadoras de direitos fundamentais. A dificuldade de delimitar as possibilidades e os limites da atuação da jurisdição constitucional no campo penal é mais suportável que a ausência de limites à livre gestão da política criminal por parte dos partidos políticos⁸¹.

⁷⁸ Após ter admitido a constitucionalidade da vedação à progressão de regime por mais de quinze anos, o STF reformou seu entendimento no ano de 2006 e decidiu o seguinte: “Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90” (STF, HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 23.02.2006).

⁷⁹ A decisão tomada pelo Plenário do STF quatro anos após a entrada em vigor da nova Lei de Tóxicos (Lei 11.343/2006) declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, por ofensa ao princípio da individualização das penas. V. HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 01.09.2010.

⁸⁰ V., sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

⁸¹ V. DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 331.

1 UM DIAGNÓSTICO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO (O DIREITO PENAL COMO ELE É)

O sistema de justiça criminal brasileiro é ineficiente, seletivo e violento⁸². As razões que conduzem a essas conclusões são bastante conhecidas. Em primeiro lugar, a intensa expansão da população carcerária no Brasil não tem sido capaz de reduzir a violência e tampouco a sensação de insegurança, mas tem produzido gravíssimas violações aos direitos fundamentais dos presos. Em segundo lugar, o sistema possui uma clientela preferencial específica. A principal porta de entrada do sistema criminal são as prisões em flagrante de jovens negros, pobres e de baixa escolaridade pela prática de delitos contra o patrimônio ou de tráfico de drogas. Por fim, a legislação criminal brasileira tem sido orientada para o aumento da repressão criminal como saída para a superação da violência e da criminalidade⁸³. O direito penal tem revelado nítida preferência pela pena de prisão – em quase todo o mundo, com raras exceções, houve um aumento da taxa de encarceramento⁸⁴ –, em detrimento de outras formas menos gravosas de responder à criminalidade⁸⁵.

As práticas penais no Brasil – muitas delas consolidadas à margem do direito – expressam características autoritárias ainda não superadas pela onda democratizante da

⁸² O sistema de justiça criminal “abrange órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário em todos os níveis da Federação. O sistema se organiza em três frentes principais de atuação: segurança pública, justiça criminal e execução penal. Ou seja, abrange a atuação do poder público desde a prevenção das infrações penais até a aplicação de penas aos infratores” (FERREIRA, Helder; FONTOURA, Natália de O. *Sistema de justiça criminal no Brasil: quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação*. Brasília: Ipea, março de 2008. Ipea, Texto para Discussão n. 1330, p. 8).

⁸³ O fracasso do sistema punitivo baseado na cultura do encarceramento tem gerado novas expectativas punitivas, que culminam por reafirmar o modelo fracassado. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos: “[a] crítica científica à ineficácia dos princípios da ideologia punitiva (correção, trabalho, educação penitenciária, modulação da pena, controle técnico da correção etc.) costuma indicar que a prisão não reduz a criminalidade, provoca a reincidência, fabrica delinquentes e favorece a organização de criminosos. De fato, a história do projeto “técnico-coercitivo” do sistema carcerário é a história simultânea de seu fracasso: o “poder penitenciário” se caracteriza por uma “eficácia invertida”, através da produção de reincidência criminal, e pelo “isomorfismo reformista”, com a reproposição do mesmo projeto fracassado em cada constatação histórica de seu fracasso” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia Radical*. 2. ed.. Curitiba: ICPC Editora Lumen Juris, 2006, p. 81).

⁸⁴ São exceções, por exemplo, a Alemanha e a Holanda, países que experimentaram redução das taxas de encarceramento na última década. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/germany>> e <<http://www.prisonstudies.org/country/netherlands>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁸⁵ Como destacam André Luís Callegari e Anderson Teixeira, “o problema mais significativo parece ser a atual tendência da política criminal brasileira de se concentrar no uso da privação de punição da liberdade na resposta a toda a crise que a sociedade enfrenta, como se não houvesse outros mecanismos de controle social válidos, ou pelo menos igualmente eficazes” (CALLEGARI, André Luís; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Costituzione, diritto penale e politica criminale in Brasile tra convergenze e paradossi*. *Rivista Di Criminologia*, vol. 3, 2013, p. 17-30. Trad. livre).

Constituição de 1988. O alarmante nível de violência policial é apenas um dos sintomas de que o sistema de justiça criminal ainda não passou pelo filtro democrático da nova ordem constitucional. Não por acaso, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a existência de um *estado de coisas inconstitucional* no âmbito do sistema prisional brasileiro, ante a violação massiva de direitos fundamentais dos detentos, causada por um conjunto de ações e omissões do Poder Público e agravada pela *cultura do encarceramento* persistente no país⁸⁶.

Nesse contexto, o presente trabalho defende que a cultura do constitucionalismo e a recente tradição da jurisdição constitucional podem ser utilizados para alcançar dois objetivos. De um lado, limitar o poder punitivo do Estado e garantir que a investigação criminal, a ação penal e a execução das penas se desenvolvam em ambiente de respeito aos direitos fundamentais. De outro, garantir a plena republicanização da aplicação da lei penal, desconstituindo as zonas ilegítimas de imunidade e os privilégios injustificados que ainda caracterizam o sistema de justiça criminal brasileiro⁸⁷. Antes, porém, de apontar quais são os caminhos necessários para a constitucionalização do campo penal, é preciso apresentar o retrato atual do sistema de justiça criminal brasileiro. Esse diagnóstico será útil tanto para permitir a identificação dos principais problemas a serem solucionados pela jurisdição constitucional quanto para demonstrar a urgência dos esforços de releitura do direito penal à luz da Constituição.

A constitucionalização do direito penal no Brasil exige a superação da impressão academicista de autossuficiência da produção de discursos formalmente liberais, mas totalmente desconectados do mundo real e da realidade empírica que informa a área da vida que se pretende transformar. O jurista tradicional, especialista em normas, continua a produzir ideias e teorias que procuram melhorar ou corrigir as anteriores, ou simplesmente a traduzir e dialogar com os precedentes judiciais, sem conhecer a realidade regulada ou mesmo os

⁸⁶ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

⁸⁷ Como destacou Luciana Cardoso, em recém-publicada tese de doutorado, o sistema de justiça criminal pode favorecer o aprofundamento democrático ou obstaculizá-lo: “[a]tuar pelo aprofundamento democrático significará, no contexto da pesquisa, operar pela transformação de relações de poder desigual, mitigando os efeitos da dominação delas decorrente, limitando o exercício do controle estatal pela via criminal. De outro lado, obstaculizar o aprofundamento democrático significará atuar pela blindagem das elites, destinando às classes populares as forças de segurança pública e o sistema prisional, representando, ao fim e ao cabo, uma expressão da luta de classes, com caráter higienista” (CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional*, 2017, p. 26).

impactos no mundo real dessas teorias⁸⁸. Conhecer o modo real de funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro é o primeiro passo para a identificação dos déficits de constitucionalização nesse setor, e, posteriormente, para o desenvolvimento de estratégias de atuação da jurisdição constitucional para o processo de integração do direito penal à lógica de proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

A seguir, traça-se um quadro sintético e atual do modo real de funcionamento do sistema criminal no Brasil, partindo da atividade policial, passando pelo processo judicial e chegando até a execução das penas⁸⁹.

1.1 Atividade policial no Brasil: a porta de entrada do sistema de justiça criminal

A atividade policial no Brasil é marcada atualmente por três características básicas: pela concentração na gestão da prisão em flagrante, pela truculência na atuação, e pela ineficiência medida pela baixa taxa de esclarecimento de crimes notificados.

A atividade policial brasileira se baseia fundamentalmente na gestão burocrática da prisão em flagrante. A partir de ampla pesquisa realizada pelo IPEA em parceria com o Ministério da Justiça entre os anos de 2011 a 2013, foi possível concluir que a atividade da política judiciária no Brasil se concentra na espera passiva da realização de prisões em flagrante, com baixa realização de atividades ligadas à inteligência policial⁹⁰. Depois de analisar a origem

⁸⁸ DONINI Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale*. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà. Milano: Giuffrè, 2004, p. 12.

⁸⁹ No Brasil, a expressão política criminal é abrangente do modo de funcionamento dessas três etapas de realização do direito penal: “[d]o incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal. Segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da política criminal” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34).

⁹⁰ O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em cooperação técnica com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça desenvolveu nos anos 2011 a 2013 a pesquisa “Política Criminal Alternativa à Prisão” que objetivava a prospecção de uma nova política criminal alternativa à prisão, a partir da elaboração de estudos diagnósticos de natureza quantitativa e qualitativa. Esta pesquisa teve seu relatório final publicado no ano de 2015. V. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa). No mesmo sentido, há pesquisa etnográfica realizada em cinco capitais brasileiras – Brasília, Rio de Janeiro, Porto Alegre, Recife e Belo Horizonte – que indica ser rara a atividade investigativa que faça uso de meios mais modernos de investigação. Ao tratar os dados dos inquéritos bem-sucedidos, que se tornaram processos, se identificou um percentual muito baixo desses

dos processos criminais – casos em que houve apresentação de denúncia pelo Ministério Público – em nove Estados da federação, o estudo mostrou que mais da metade (57,6%) dos inquéritos policiais instaurados se iniciaram a partir de prisões em flagrante. A quase totalidade desses inquéritos (89%) indiciaram apenas uma pessoa, aquela presa em flagrante. Além disso, na imensa maioria dos casos (73,8%) a polícia não realizou qualquer outra diligência após a prisão em flagrante⁹¹. A grande maioria das detenções no Brasil decorrem de prisões em flagrante, que fazem instaurar inquéritos policiais que contam, em cerca de dois terços dos casos, com a palavra do policial que efetuou a prisão como única fonte de prova⁹². Além disso, no caso dos delitos envolvendo o tráfico de entorpecentes, 91% das prisões são realizadas com a entrada dos policiais nas residências sem autorização judicial⁹³. E mais: a confissão tem um papel central nas investigações policiais, o que está na base da institucionalização da tortura como usual técnica de investigação⁹⁴.

Essa característica essencial da atividade policial – a concentração na gestão burocrática da prisão em flagrante⁹⁵ – explica em grande medida a intensa seletividade do sistema de justiça

documentos com perícia de local do crime ou outros tipos de perícias tecno-científicas. A pesquisa mostrou um baixo número de “diligências externas” realizadas no decorrer do processo investigativo, fato também revelador da falta de investigação. V., a propósito da pesquisa, VARGAS, Joana D; NASCIMENTO, Luís Felipe Z. Uma abordagem empírica do inquérito policial: o caso de Belo Horizonte. In: Misse, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink/Fenapef/Necvu, 2010, p. 102-190.

⁹¹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 31.

⁹² REDE JUSTIÇA CRIMINAL. Sumário executivo de pesquisas sobre prisão provisória. São Paulo, Rede Justiça Criminal, 2013.

⁹³ REDE JUSTIÇA CRIMINAL. Sumário executivo de pesquisas sobre prisão provisória. São Paulo, Rede Justiça Criminal, 2013.

⁹⁴ Nesse sentido, a precisa conclusão de Joana Vargas, baseada em estudos empíricos: “O problema é que a prática de tortura para obtenção da confissão é ainda vista, não apenas por policiais, mas também por uma importante parcela da população, como método de trabalho justificado para o controle do crime. À dificuldade de se punir a tortura e ao apoio social à prática, somam-se os padrões dos crimes violentos que não permitem facilmente a obtenção de testemunhos, a falta de qualificação da polícia em técnicas de investigação e a pressão para ‘mostrar serviço’, este sendo medido, mais recentemente, com base em índice quantitativo de produção de inquéritos policiais (Vargas & Nascimento, 2010). Se a confissão é uma prova hoje considerada de valor relativo pelo discurso jurídico, na prática policial ela continua sendo elemento central. E é na importância dada à confissão que se integra a tortura (Lima, 1994). (...) Os primeiros estudos etnográficos que abordaram o emprego da tortura na polícia civil mostraram como ele é instrumental para o trabalho da investigação. A tortura permitiria aos policiais solucionarem crimes de forma mais econômica (Paixão et al., 1992), de tal maneira que, quando não fosse possível utilizá-la, muitos inquéritos policiais ficariam sem solução (Lima, 1994)” (VARGAS, Joana Domingues. Em busca da “verdade real”: Tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Sociologia & antropologia*, v. 2, n. 3 Jun., 2012, p. 246 e 248).

⁹⁵ A relevância da prisão em flagrante no sistema, majoritariamente realizada pela polícia militar, foi bem sintetizada por Luciana Zaffalon Leme Cardoso com base em extensa pesquisa empírica: “Os resultados das pesquisas retomados na etapa final de análise confirmaram a seletividade racial, territorial e social do controle estatal exercido por meio do direito penal e explicitaram o protagonismo da Polícia Militar (PM) na efetivação dos flagrantes, que se configuram como o padrão de entrada do sistema carcerário e que quase invariavelmente são

criminal: os crimes que normalmente se sujeitam à prisão em flagrante são justamente aqueles praticados pelos “subintegrados” (ou simplesmente excluídos)⁹⁶. Já a investigação e processamento dos *white collar crimes* exige a combinação de inteligência policial e investimento na qualificação dos agentes encarregados da persecução criminal. Esse aperfeiçoamento é necessário não apenas para reduzir o grau de seletividade do sistema de justiça criminal, mas também para superar práticas investigatórias consolidadas à margem da legalidade. Ocorre que, para isso, é necessário vontade política e controle social.

A demanda por inteligência policial e qualificação dos agentes não deve deixar de reconhecer que, pragmaticamente, a lei penal e o funcionamento do sistema de justiça criminal passaram a ser objeto de barganha política entre autoridades públicas e grupos sociais organizados. Como bem observou Pavarini, essa negociação coletiva de penalidade, visando a distribuição social de castigo, é realizado em um contexto neo-contratualista, onde o mais forte tenta captar a maior parcela possível desse recurso público. E ao fazê-lo, o mais forte penaliza a conduta dos outros e tenta tornar suas próprias ações imunes, produzindo uma distribuição desigual de punição⁹⁷. Esse problema está na base da seletividade do direito penal e se apresenta em graus diversos nos mais diferentes países do mundo.

A atividade policial brasileira é violenta. As ações policiais realizadas no Brasil têm produzido múltiplas violações a direitos fundamentais: maus-tratos, torturas⁹⁸, desrespeito à inviolabilidade do domicílio, detenção de civis sem mandado judicial ou flagrante delito,

convertidos pelo Sistema de Justiça em penas de prisão, mesmo que a PM não tenha atribuição para realizar investigações. Consideramos também os elevados índices de violência (agressões físicas durante a abordagem policial, no momento do flagrante ou na delegacia) atribuídos à própria PM, que em regra atua também como a única testemunha dos casos” (CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma espiral elitista de afirmação corporativa*: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional, 2017, p. 326).

⁹⁶ Já se observou, tanto no Brasil como em outros países, a adoção de penas mais severas pelo legislador tem sido sistematicamente contraditada por uma particular – quando não abertamente indulgente – estratégia de contenção da criminalização secundária. V., sobre o tema, DOLCINI, E., ‘La commisurazione della pena tra teoria e prassi’, in STILE, A. M. (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*. Naples: Jovine. 1991. 147-72.

⁹⁷ PAVARINI, Massimo, The New Penology and Politics in Crisis: The Italian Case, *The British Journal of Criminology*, v. 34, n. S1, 1, jan. 1994, p. 51.

⁹⁸ Em recente levantamento do CNJ, constatou-se que 21,6% das pessoas presas em flagrante declararam ter sofrido algum tipo de violência e/ou maus-tratos no momento da prisão, e mais de 80% delas imputaram às polícias militar (71,4%) e civil (11,3%) esses atos de violência. V. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo. *Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares*: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf>>, p. 20. Acesso em: 12 jan. 2018.

demora na comunicação de prisões ao juiz e familiares, ausência de informação ao detido sobre seus direitos, vedação à assistência da família e de advogados, etc. Embora essas práticas sejam amplamente conhecidas, há poucos dados – menos ainda organizados de forma sistemática – sobre cada uma dessas violações de direitos fundamentais. Mesmo assim, é possível afirmar que as polícias brasileiras são bastante violentas⁹⁹. Estudo baseado nas intervenções policiais que resultaram em morte na cidade do Rio de Janeiro entre 1993 e 1996 revelou que, além dos inúmeros indícios de uso excessivo da força – *e.g.*, o número de mortes é maior do que a de feridos, não há perícia na quase totalidade dos casos e em muitas situações a vítima sequer estava armada –, “*a polícia mata na cidade do Rio um número aproximadamente igual ao de todas as forças policiais dos Estados Unidos juntas*”¹⁰⁰. Nada indica que essa realidade tenha mudado substancialmente de lá para cá. No ano de 2015, as polícias de São Paulo e do Rio de Janeiro mataram mil quatrocentos e noventa e três pessoas¹⁰¹, ao passo que todas as forças policiais dos Estados Unidos juntas, já criticadas pelos excessos de violência praticados nos últimos anos, mataram mil cento e cinquenta e duas pessoas¹⁰².

A pesquisa realizada nos anos de 1993 a 1996 mostrou também que 98% dos inquéritos abertos para investigar as mortes praticadas por policiais foram arquivados pelo Ministério Público e que nenhum dos casos resultou em condenação dos policiais¹⁰³. Recente tese de doutorado apresentada por Felipe Mello da Silva Britto na UFRJ mostrou que a polícia do Rio de Janeiro provoca 2,67 mortes por dia, patamar equivalente ao de países oficialmente em

⁹⁹ A partir de profunda pesquisa empírica realizada em delegacias de polícia nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Pernambuco, Ludmila Ribeiro e Igor Machado concluem que “uma polícia que ainda atue repressivamente com base em critérios pessoais – como classe social ou cor da pele – e não parâmetros legais, e que faça uso de tortura e execução sumária, em detrimento do devido processo legal, não reconheceu suficientemente a sua autonomia, isto é, o que a distingue como parte de um sistema jurídico para a administração de conflitos entre cidadãos e não como força militar de eliminação de ‘inimigos da ordem’” (RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano. Repressão, autonomia e responsividade: O direito que se exerce nas delegacias de polícia no Brasil. *Sociedade E Estado*, v. 29, n. 1, 2014 p. 178).

¹⁰⁰ CANO, Ignacio; FRAGOSO, José Carlos. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 30, 2000, p. 207-233.

¹⁰¹ V. Atlas da Violência de 2017 – que apresenta os dados da violência policial em 2015 –, disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP_atlas_da_violencia_2017_relatorio_de_pesquisa.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁰² V. 2015 Police Violence Report”, disponível em: <<https://mappingpoliceviolence.org/2015/>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁰³ CANO, Ignacio; FRAGOSO, José Carlos. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 30, 2000, p. 207-233.

guerra civil¹⁰⁴. Nem mesmo a significativa redução dos níveis de criminalidade, especialmente do número total de homicídios, impactou o número de mortes decorrentes de intervenção policial¹⁰⁵.

A *Human Rights Watch* afirmou que as polícias do Rio de Janeiro e de São Paulo mataram, de 2003 a 2009, mais de onze mil pessoas, todas registradas como “autos de resistência” ou “resistência seguida de morte”, mas que “*uma porção substancial das alegadas mortes por resistência relatadas em ambos os estados era, de fato, de execuções extrajudiciais*”¹⁰⁶. Apenas em São Paulo, no período de 1996-2006, 5.447 pessoas morreram em conflito com a polícia. No Rio de Janeiro, apenas entre os meses de janeiro a junho de 2007, foram registradas 652 mortes resultantes de intervenções policiais¹⁰⁷. Por isso não há exagero na afirmação de Vera Malaguti de que “*a ideologia do extermínio é, hoje, muito mais massiva e introjetada do que nos anos imediatamente posteriores ao fim da ditadura*” e que “*devemos encarar o fato de que a democracia que ajudamos a construir tortura e mata mais do que o ciclo militar*”¹⁰⁸.

A violência policial também gera impactos muito diferentes quando se compara a situação dos “subintegrados” e a dos “sobreintegrados”. A enorme tolerância social e estatal com a violência policial praticada contra os mais pobres não se reproduz em relação às classes mais privilegiadas. Um exemplo é ilustrativo. Bastou que a Polícia Federal abusasse de suas prerrogativas contra pessoas política ou economicamente poderosas nas primeiras grandes operações contra a corrupção para que o STF prontamente editasse Súmula Vinculante coibindo

¹⁰⁴ SILVA BRITTO, Felipe Mello da. *Acumulação democrática de escombros*. 2010. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 21.

¹⁰⁵ Nesse sentido: “Se a intensificação do aprisionamento nos últimos 20 anos e a queda do número de homicídios dolosos, observada no Estado de São Paulo nos últimos 10 anos, poderiam, a partir das métricas de produtividade e dos indicadores de resultados postos, ser compreendidas como corolários da boa execução da política de segurança proposta, nos falta compreender como tais resultados não se fizeram acompanhar da redução do número de mortes decorrentes de intervenção policial, como também nos mostra o Boletim Sou da Paz Analisa (2016)” (CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional*, 2017, p. 250).

¹⁰⁶ HUMAN RIGHTS WATCH. *Lethal Force: police violence and public security in Rio de Janeiro and São Paulo*. Nova York: Human Rights Watch, 2009, p. 1.

¹⁰⁷ FERREIRA, Helder; FONTOURA, Natália de O. *Sistema de justiça criminal no Brasil: quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação*. Brasília: Ipea, mar. de 2008 (Ipea, Texto para Discussão n. 1330), pp. 27-28.

¹⁰⁸ BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera M. *Depois do grande encarceramento*, 2010. Rio de Janeiro: Revan. p. 29-36.

o uso desnecessário de algemas¹⁰⁹. Não há dúvida de que o conteúdo do verbete vinculante é condizente com a exigência de respeito à dignidade dos presos e à proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais, garantidos pela Constituição. Mas não se pode negar que a reação da jurisdição constitucional à violência policial praticada contra os “sobreintegrados” não se reproduz coerentemente no que diz respeito à violência sistematicamente praticada contra as camadas mais pobres da sociedade. Basta registrar, como exemplos da maior tolerância da jurisdição constitucional com a violência policial praticada contra os mais pobres, a resistência do STF em admitir a impetração de *habeas corpus* coletivo pela Defensoria Pública em favor de grupos tradicionalmente excluídos¹¹⁰ – apesar do recente importante avanço da Segunda Turma do STF ao conceder ordem de *habeas corpus* coletivo em favor de presas provisórias gestantes ou mães de crianças menores de doze anos ou com deficiência¹¹¹ – e o reconhecimento da legalidade de ações policiais de ingresso na residência de moradores de comunidades carentes sem autorização judicial¹¹².

Finalmente, *a maior parte dos crimes não é notificada à polícia e a taxa de esclarecimento dos crimes notificados é baixa*. Uma pesquisa de 2002 aplicada nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Recife e Vitória apontou que apenas 40% dos crimes teve algum registro na polícia¹¹³. Em São Paulo, no ano de 2006, um terço das infrações penais notificadas deram início a procedimentos administrativos, o que indica que a capacidade de apuração inicial das infrações penais é limitada. Segundo pesquisa realizada em Recife, de 8.778 casos de homicídio ocorridos no triênio 1998-2000, apenas 356 casos foram encaminhados ao Ministério

¹⁰⁹ Nos termos da súmula vinculante 11, “[s]ó é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

¹¹⁰ V., por todos, STF, HC 135169, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 22.08.2016. Sobre o tema, confira-se, ainda, o RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 05.11.2015, com repercussão geral, em que o Supremo fixou a seguinte tese: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”.

¹¹¹ HC 143641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.02.2018. No mesmo sentido, por todas, a seguinte decisão do STJ: RHC 107.759/RS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 21/03/2019.

¹¹² V., por todos, STF, HC 131550 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 15.12.2015. Em precedente isolado, mas representando importante avanço quanto ao tema, a Segunda Turma do STF decidiu que o policial só pode entrar na casa de alguém se tiver mandado judicial de busca e apreensão ou se houver fundadas razões de que ocorre flagrante delito no local. No caso, reconheceram a ilegalidade do flagrante e da prova obtida. V. STF, HC 138565, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 18.04.2017.

¹¹³ ILANUD. Pesquisa de Vitimização, 2002. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/senasp/estatisticas/Vitimizacao/html/rel/Tabela_003.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

Público e, destes, apenas 262 foram transformados em denúncia. Embora possam existir mais casos que tenham sido levados adiante até os dias de hoje, estes números indicam que apenas 3% dos casos de homicídio chegaram à denúncia¹¹⁴. Estudo publicado no ano de 2007 indicou que apenas 4,6% dos boletins de ocorrência de homicídios em São Paulo tiveram o autor e o motivo conhecidos e registrados. No Rio de Janeiro, o mesmo estudo revelou que 92% dos casos registrados de homicídio não chegaram ao Judiciário por falta de provas para a instauração de ações penais¹¹⁵.

O enorme impacto que as agências policiais têm no real modo de funcionamento do sistema de justiça criminal costuma ser subestimado. A maior atenção que se costuma dar ao momento de aplicação da sanção pelos juízes esconde o fato de que as atribuições policiais – que podem ser exercidas de modo tão arbitrário como desregulado – representam um poder de fato muito maior e mais significativo que o da reduzida criminalização secundária realizada pela magistratura¹¹⁶. Como alertou o Ministro Luís Roberto Barroso, a atividade policial “*é vista como algo menor do que as funções de acusar e julgar. Isso se reflete numa Polícia mal paga, mal equipada, sem capacidade de investigação e vizinha de porta da criminalidade: um cenário propício a episódios de violência e corrupção, cujas vítimas se concentram nas camadas socialmente menos favorecidas*”¹¹⁷.

1.2 A justiça criminal brasileira: a preferência pela pena de prisão

O sistema de justiça criminal brasileira possui alguns atributos marcantes: (i) ele é imenso e produz altos índices de reincidência, (ii) é seletivo; (iii) é centrado nas prisões em flagrantes que tendem a se prolongar durante todo o processo; (iv) é marcado pelo uso excessivo e abusivo da prisão provisória; (v) ele privilegia a aplicação da pena de prisão, ainda quando se

¹¹⁴ FERREIRA, Helder; FONTOURA, Natália de O. *Sistema de justiça criminal no Brasil: quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação*. Brasília: Ipea, março de 2008. (Ipea, Texto para Discussão n. 1330), p. 39-40.

¹¹⁵ ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública, *Estudos Avançados*, vol. 21, n. 61, São Paulo, 2007, p. 43-44.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 12. Em certa medida, é da própria estrutura do sistema penal a necessidade de uma atuação seletiva das agências policiais, já que a natural escassez de recursos impede que se dê vazão a todo o programa de criminalização primária realizado pelo legislador. As críticas, no ponto, se dirigem tanto aos critérios de seletividade como também à evidente arbitrariedade que orienta o desenvolvimento dessa atividade.

¹¹⁷ STF, HC 123108, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015.

tratarem de penas baixas; e (vi) apresenta déficit na prestação de assistência jurídica e alta rotatividade de defensores, promotores e juízes.

O sistema de justiça criminal brasileiro é imenso e ineficiente, produzindo altos índices de reincidência. De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional – Depen, em junho de 2016, havia 726.712 pessoas presas no Brasil¹¹⁸. Em termos absolutos, o Brasil já possui a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China¹¹⁹. Somente no ano de 2017, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de casos criminais novos, sendo: (i) 1,7 milhão (61,6%) na fase de conhecimento de 1º grau; (ii) 357,5 mil (13,1%) na fase de execução de 1º grau; (iii) 19,6 mil (0,7%) nas turmas recursais; (iv) 576 mil (21,1%) no 2º grau; e (v) 95,6 mil (3,5%) nos tribunais superiores¹²⁰.

A ineficiência do sistema de justiça criminal é quase um lugar-comum. As mesmas pessoas entram e saem repetidamente do sistema de justiça criminal. De acordo com dados do IPEA coletados com base no total de processos criminais baixados em 2011, quase metade dos acusados (46,1%) já haviam sido presos antes do fato pelo qual foram acusados no processo analisado¹²¹. Cerca de metade deles (50,1%) já haviam sido processados criminalmente por outros fatos e mais de um quarto deles (28,2%) condenados em outros processos criminais¹²².

É verdade que ainda faltam dados seguros para avaliar com precisão a taxa de reincidência no Brasil¹²³. Como destacou o IPEA, em 2015, em amplo levantamento sobre as

¹¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* – Junho de 2016. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹¹⁹ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-o-terceiro-pais-com-mais-presos-no-mundo-diz-levantamento-22166270>>. Acesso em: 20 dez., 2018.

¹²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Relatório Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 152. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 20 dez., 2018.

¹²¹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 33.

¹²² *Ibid*, p. 33.

¹²³ Alguns exemplos podem deixar mais clara a falta de precisão em torno do tema: (i) o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação, mas assumiu que não produziu pesquisa que pudesse avaliar a veracidade deste número e baseou boa parte de suas conclusões nos dados informados pelos presídios (BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Relatório Final. jul. 2008b. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/sistema-prisional/relatorio-final-cpi-sistema-carcerario-2008>>. Acesso em: 28 jan. 2018.); (ii) uma pesquisa mais rigorosa

pesquisas já realizadas no Brasil sobre o tema, “*ainda são escassos no Brasil os trabalhos sobre reincidência criminal, o que colabora para que, na ausência de dados precisos, imprensa e gestores públicos repercutam com certa frequência informações como a que a taxa de reincidência no Brasil é de 70%*”. Essa informação foi, por exemplo, veiculada, em 2011, pelo Ministro Cezar Peluso, então presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal, sem apresentar as referências ou dados empíricos.

Provavelmente, referido dado foi extraído do Relatório, publicado em 2001, pelo Ministério da Justiça, por meio do Depen. Referido relatório mencionava uma taxa de reincidência de 70%¹²⁴, mas utilizou um conceito de reincidência bem amplo, que considerava a reincidência prisional como parâmetro de cálculo. A pesquisa utilizou como base para identificar a taxa de reincidência a quantidade de presos recolhidos no ano com passagem anterior pelo sistema (condenados ou não). Embora não se tenha baseado no conceito técnico de reincidência penal – que exige que a segunda condenação seja posterior ao trânsito em julgado da primeira –, o dado não deixa de impressionar.

Em 2008, o próprio Depen divulgou uma série de dados com bases bastante seguras que apontou que 43,12% dos apenados de todo o país no primeiro semestre daquele ano eram réus primários com uma condenação, 33,01% eram considerados reincidentes (de acordo com a definição técnica explicitada acima) e 23,87% eram tecnicamente primários com mais de uma condenação (*e.g.*, em virtude da ausência de trânsito em julgado da primeira condenação). Disso

realizada por Adorno e Bordini, mas já bastante antiga, de 1989, que abrangia o período de 1974 a 1976, chegou a um resultado aproximado de 46% de reincidência no Estado de São Paulo (ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T. Reincidência e reincidentes penitenciários em São Paulo (1974-1985). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: Anpocs, v. 3, n. 9, p. 70-94, fev. 1989.); (iii) os mesmos pesquisadores realizaram um novo estudo em 1991 que chegou a uma taxa de reincidência de 29,34% no sistema criminal paulista (ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T. A prisão sob a ótica de seus protagonistas: itinerário de uma pesquisa. *Revista de Sociologia da USP, Tempo Social*, São Paulo, v. 3, n. 1-2, p. 7-40, 1991); (iv) estudo realizado por Lemgruber em 1989 no Estado do Rio de Janeiro, baseado num universo amostral de 5% do total de presos do Estado, encontrou uma taxa média de reincidência de 30,7%, sendo de 31,3% para homens e 26% para mulheres (LEMGRUBER, Julita. Reincidência e reincidentes penitenciários no sistema penal do Estado do Rio de Janeiro. *Revista da Escola de Serviço Penitenciário do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 45-76, jan./fev./mar. 1989.); (v) levantamento do IPEA apontou que “o Censo Penitenciário Nacional de 1994 concluiu que 34,4% dos apenados no Brasil eram reincidentes. Entretanto, o Ministério da Justiça substituiu o conceito de reincidência penal por reincidência penitenciária em 1997. Para essa definição, reincidente é aquele que cumpriu pena, foi solto e voltou a ser preso para o cumprimento de nova pena”; (vi) Kahn produziu pesquisa sobre reincidência penal para o estado de São Paulo e apontou que a taxa era de 50% em 1994; 45,2% em 1995; e 47% em 1996 (KAHN, Túlio. *Além das grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional*. São Paulo, 2001. Mimeo).

¹²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen, 2001.

resulta a conclusão de que pelo menos 56,88% dos presos tinham mais de uma condenação¹²⁵. Recente pesquisa realizada no Programa de Pós-graduação da USP demonstrou que, na falta de um dado definitivo sobre a questão, há duas análises mais conhecidas divulgadas pela CPI do sistema penitenciário de 2008: a mais otimista sugere um índice de reincidência de 47% e a mais pessimista um índice de reincidência de 85%¹²⁶.

Apesar da divergência entre os dados divulgados, é certo que a taxa de reincidência no Brasil – superior a 40% segundo o último levantamento do Ministério da Justiça – é alarmante e deixa escancarado o fracasso do projeto de encarceramento em massa construído e executado conjuntamente pelo Legislativo e pelo Judiciário.

As prisões brasileiras são ocupadas por jovens, negros, com baixa escolaridade, acusados de praticar crimes contra o patrimônio ou relacionados ao tráfico de entorpecentes. O sistema de justiça brasileiro é marcado por sua seletividade. O Mapa do Encarceramento no Brasil, publicado em 2015 pela Presidência da República, traçou um detalhado perfil da população carcerária¹²⁷: (i) 38% da população prisional no país era formada por presos provisórios e 61% de presos condenados; (ii) do universo de condenados, 69% cumpriam pena em regime fechado, 24% no regime semiaberto e apenas 7% no regime aberto; (iii) o número de mulheres presas havia crescido cerca de 70% em sete anos (2005-2012), e passou a representar 6,17% da população carcerária total; (iv) três em cada quatro (75,4%) presos tinham no máximo ensino fundamental completo; (v) mais da metade da população carcerária era formada por jovens (54,8%) com menos de 29 anos e por negros (60,8%), sendo que o encarceramento de negros teve crescimento superior ao encarceramento de brancos em mais de 50% no mesmo período; (vi) cerca de 50% dos presos brasileiros, entre os anos de 2008 a 2012, praticaram crimes contra o patrimônio, cerca de 25% cometeram crimes relacionados ao tráfico

¹²⁵ BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen, 2008.

¹²⁶ SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção Criminal: análise de políticas extra-penais* (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 46.

¹²⁷ O mais recente levantamento nacional sobre o sistema penitenciário, publicado em dezembro de 2017, com dados de junho de 2016, traz um panorama muito similar. BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

de entorpecentes¹²⁸ e aproximadamente 12% praticaram crimes contra a pessoa¹²⁹. Recente relatório do CNJ confirmou que nossas prisões são primordialmente ocupadas por pessoas que cometeram (ou são acusadas de cometer) crimes não violentos: 64,1% das prisões em flagrante envolviam crimes patrimoniais e relativos à lei de drogas¹³⁰.

As prisões em flagrante tendem a se prolongar durante todo o processo criminal. A prisão em flagrante tende a ser mantida durante a tramitação do processo. Segundo pesquisa realizada pelo IPEA, na imensa maioria dos processos em que havia réu preso (86,9%), o acusado foi preso em flagrante¹³¹. A mesma pesquisa demonstrou também que 73,3% dos presos em flagrante tiveram a prisão provisória mantida¹³². O sistema se baseia fortemente na prisão processual dos acusados: mais da metade dos processos com denúncia recebida tramitam com o réu preso provisoriamente (54,6%), sendo que a imensa maioria dessas detenções (86,9%) se iniciou com a prisão em flagrante¹³³.

Para que se tenha uma ideia mais precisa sobre a enorme proporção de presos provisórios no Brasil, entre os 10 países com maior população carcerária do mundo, o Brasil tem a terceira maior parcela de presos provisórios (41%), ficando atrás apenas do México (42%) e do caso peculiar da Índia (67,6%)¹³⁴. Depois do Brasil, que tem mantido constante essa

¹²⁸ Como recentemente alertou estudo feito pelo CNJ e pelo MJ, “a criminalização das drogas, por sua vez, é responsável em grande medida pela seletividade do sistema penal e criminalização da pobreza no Brasil. Em 2006, ano de propositura da lei 11.343, eram 31.520 presos por tráfico no Brasil. Em junho de 2013 chegamos a um número de 138.366 presos pelo mesmo tipo penal, significando um aumento de 339%” (LEITE, Fabiana de Lima. *Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais*. Ministério da Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/les/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a74b836efcd.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017).

¹²⁹ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil* / Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015.

¹³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo. *Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra*, Brasília, 2018, p. 19. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹³¹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 34.

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.*

¹³⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 12. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

constrangedora taxa de encarceramento provisório (em torno de 40%), seguem a Indonésia (31%), o Irã (25%), a Tailândia (20%), os Estados Unidos (20%), a Rússia (17%) e a Turquia (13%)¹³⁵.

Permeia a cultura judiciária nacional a ideia de que os processos são tão demorados que a prisão preventiva acabaria substituindo funcionalmente a própria pena definitiva – uma pena aplicada tanto tempo depois do fato sequer cumpriria qualquer função legítima. A preocupação com a necessidade de garantir que os culpados recebam suas penas em tempo razoável, e não depois de décadas do fato criminoso, não é apenas legítima e necessária, como vai ao encontro da própria teoria desenvolvida em torno das funções da pena. Entretanto, essa concepção segundo a qual as disfuncionalidades do processo criminal – que resultam na demora excessiva para o início da execução da pena dos condenados – justificaria a utilização da prisão preventiva como uma espécie de correção dessas disfuncionalidades para garantir uma resposta penal mais célere por parte do Estado é equivocada tanto sob o ponto de vista prescritivo como sob a ótica puramente descritiva¹³⁶.

Primeiro, porque a prisão preventiva não pode funcionar como mecanismo de antecipação da punição. Essa compreensão é pacífica não apenas na jurisprudência do STF¹³⁷, como também da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹³⁸. A prisão preventiva constitui medida cautelar de garantia da própria atividade jurisdicional. O seu intrínseco conteúdo punitivo é secundário e decorrente da necessidade de garantir o adequado processamento da

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ V., sobre o tema, ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 192-193.

¹³⁷ V., por todos, STF, HC 132923, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. em 05.04.2016; STF, HC 129351/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 17.03.2016; STF, HC 135250, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. em 13.09.2016; STF, HC 105556, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 07.12.2010.

¹³⁸ A Corte Interamericana tem farta jurisprudência no sentido de que, para que a medida privativa da liberdade não se torne arbitrária, deve cumprir os seguintes parâmetros: i) que sua finalidade seja compatível com a Convenção, como, por exemplo, assegurar que o acusado não impedirá o desenvolvimento do processo nem eludirá a ação da justiça; ii) que sejam idôneas para cumprir o fim perseguido; iii) que sejam necessárias, ou seja, absolutamente indispensáveis para conseguir o fim desejado e que não exista uma medida menos grave em relação ao direito afetado; iv) que sejam estritamente proporcionais, de tal forma que o sacrifício inerente à restrição do direito à liberdade não resulte exagerado ou desmedido frente às vantagens que se obtêm mediante tal restrição e o cumprimento da finalidade perseguida; v) qualquer restrição à liberdade que não contenha uma motivação suficiente que permita avaliar se se ajusta às condições assinaladas será arbitrária e, portanto, violará o artigo 7.3 da Convenção. V., por todos, Caso Argüelles e Outros Vs. Argentina, j. em 20.11.2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2e2d7d2bae74e939fba68e45dd30133d.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

investigação ou da ação penal. Nem mesmo as tendências mais ampliativas do escopo da prisão preventiva – aquelas que conferem interpretação extensiva ao conceito de ordem pública – chegam ao ponto de admitir que ela possa desempenhar a função de antecipação da pena ou de compensação pela demora dos processos criminais.

Segundo, porque a visão de que o excesso de recursos criminais disponíveis à defesa torna infundável o processo – o que justificaria a ampliação do escopo da prisão preventiva – padece de diversas deficiências. A principal delas é que, diversamente do que aponta o senso comum, mais da metade dos condenados (todos reconhecidamente excluídos sociais) sequer chega a interpor recurso de apelação¹³⁹. É esse imenso grupo de pessoas desfavorecidas e marginalizadas que é atingido pelo amplo encarceramento preventivo brasileiro. De fato, há uma parcela de investigados e réus com alto poder econômico que, podendo arcar com defesas altamente qualificadas, se utilizam de todos os recursos disponíveis no sistema para impedir o trânsito em julgado das condenações. No entanto, mesmo nesses casos – que representam parcela ínfima da população carcerária brasileira – a prisão cautelar deve ser adequadamente justificada. Em verdade, para corrigir essa disfuncionalidade que favorece uma pequena parcela dos “clientes” privilegiados do sistema de justiça criminal, a jurisprudência brasileira deve aperfeiçoar os mecanismos já existentes para obstar o abuso no direito de recorrer em matéria penal, ampliando a aplicação da orientação jurisprudencial já existente no STF de reconhecer o trânsito em julgado da condenação quando se verificar a interposição abusiva de recursos meramente protelatórios¹⁴⁰. Embora seja urgente a racionalização dos trabalhos no âmbito da justiça criminal, de modo a reduzir o tempo gasto até o trânsito em julgado das sentenças criminais, não se pode admitir que a demora no processamento das ações penais – especialmente quando não provocadas pelo réu – seja utilizada como argumento para autorizar o uso da prisão preventiva como forma de aplicar antecipadamente a pena criminal.

O que não é admissível é a defesa institucional não republicana da tese de que nunca se pode prender preventivamente – sob pena de violação automática do princípio da presunção da inocência. Também se deve rejeitar a naturalização das ideias de que as ações penais não devem

¹³⁹ V. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 38-39.

¹⁴⁰ V., por todos: STF, RE 839163 QO, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 05.11.2014; STF, ARE 1010372 AgR-ED-EDv-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 01.12.2017; STF, ARE 1047007 AgR-ED, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 24.11.2017.

chegar ao final e de que não se deve impor, quando haja condenação, o cumprimento da pena aplicada. A demora no processamento das ações penais não deve impedir – por estratégias que, indiretamente, anulam as chances de finalização dos processos ou conduzem, inevitavelmente, à prescrição – o cumprimento da pena definitiva, quando tenha sido legitimamente aplicada por sentença condenatória adequadamente motivada. O sistema de justiça criminal deve ser levado a sério, sob pena de ter corroída sua credibilidade social e institucional¹⁴¹.

Grande parte dos presos provisórios não recebe pena de prisão ao final do processo. Parte considerável dos presos provisórios, ao final do processo, recebe penas alternativas ou sanções corporais menos graves que a medida de prisão preventiva (cuja execução se dá com encarceramento total equivalente ao cumprimento de pena em regime fechado) cumprida ao longo do processo. Na pesquisa realizada em conjunto pelo Ministério da Justiça e pelo IPEA, verificou-se que, em 65,2% dos processos selecionados com trânsito em julgado em 2011, os investigados já estavam presos quando da instauração do inquérito policial e que 59,2% haviam sido presos em flagrante¹⁴². Por outro lado, dos réus que cumpriram prisão provisória, 37% sequer foram condenados à pena de prisão: 17,35% foram absolvidos e 9,4% foram condenados ao cumprimento de penas alternativas; em 3,6% dos casos, operou-se a prescrição e, em igual proporção, a denúncia foi arquivada¹⁴³.

A quantidade de presos provisórios que, ao final do processo, não receberam pena de prisão revelava “o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”¹⁴⁴. Esse dado se torna ainda mais preocupante em razão do recente aumento relevante do número de presos provisórios. Como destacou o recente relatório do CNJ,

¹⁴¹ Cabe, entretanto, antecipar um *disclaimer*: como será melhor explorado em capítulo próprio deste trabalho, se a demora no processamento da ação penal não puder ser imputada à defesa, a violação ao direito à duração razoável do processo deve ser levada em consideração no momento da cominação ou da execução da pena. Desse modo, garante-se o efetivo cumprimento da pena cominada em caso de condenação, mas se compensa, com uma redução proporcional da pena, a violação ao direito à duração razoável do processo e a submissão do indivíduo por período excessivamente longo ao enorme custo de aguardar a solução do seu processo criminal.

¹⁴² BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 28.

¹⁴³ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 38.

¹⁴⁴ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 8. É importante registrar que, já nessa época, a liberdade não era obstáculo à conclusão dos processos criminais, tendo em vista que se mantinha alto o percentual de sentenças de mérito proferidas em casos em que os réus responderam o processo em liberdade (72,45), quando comparado ao percentual de sentenças de mérito nos casos em que os réus cumpriram prisão provisória (92,8%).

“*analisando-se os dados de dezembro de 2015, percebe-se que houve crescimento bastante significativo, no período de 7 meses, do número de presos provisórios no sistema em todo o país, pois naquele momento havia 37,6% de presos provisórios em face dos 40% em junho de 2016*”¹⁴⁵.

A metade das sentenças criminais brasileiras aplicam pena de prisão aos acusados, ainda quando as penas são relativamente baixas. Ainda segundo o estudo do IPEA, quase metade dos acusados foram condenados a penas privativas de liberdade (46,8%), enquanto as penas alternativas foram aplicadas a apenas 12,2% dos denunciados¹⁴⁶. A taxa de absolvição foi de 19,7% e a de prescrição de 7,9%¹⁴⁷. É interessante notar que a pena de prisão é aplicada mesmo quando as penas impostas são baixas. Segundo o Mapa do Encarceramento, publicado em 2015, 18,7% dos presos cumpriam penas inferiores a quatro anos de prisão e 29,2% cumpriam penas que variavam entre quatro e oito anos¹⁴⁸. Mais da metade dos presos (52,2%) cumpriam penas superiores a 8 anos de prisão¹⁴⁹. Já segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, com base nos dados de junho de 2014, a proporção de pessoas presas condenadas a penas de até quatro anos alcançou a proporção de 27%, ao passo que o percentual de condenados a penas entre quatro e oito anos se elevou para 26% do total e o percentual de condenados a penas superiores a 8 anos foi de 47%¹⁵⁰. Hoje, no Brasil, há cerca de 170 mil pessoas presas que receberam penas inferiores a quatro anos de reclusão ou detenção¹⁵¹. Contudo, nos termos do Código Penal, penas inferiores a quatro anos de reclusão

¹⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo. Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf>>, p. 12. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹⁴⁶ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 37.

¹⁴⁷ *Id.*.

¹⁴⁸ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil* / Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015, p. 36.

¹⁴⁹ *Ibid*, p. 36.

¹⁵⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 44. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁵¹ Esse dado aproximado é resultado da proporção de presos provisórios que na última pesquisa foram colocados em liberdade com a prolação da sentença em face do número total de presos brasileiros atualmente.

podem ser cumpridas em regime prisional aberto (art. 33) e admitem substituição por penas restritivas de direito (art. 44).

De fato, o sistema de justiça criminal brasileiro privilegia a pena de prisão. Do universo de acusados que responderam presos aos processos, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, ao passo que 37% deles foram condenados a penas alternativas ou tiveram seus casos arquivados por absolvição, prescrição ou aplicação de medida de segurança¹⁵². Apenas 40,2% dos réus condenados em primeira instância recorreram para o Tribunal de segundo grau. Menos da metade dos casos em que houve interposição do recurso de apelação (17,8% do total de condenados) envolve réus que aguardavam o julgamento do recuso em liberdade¹⁵³. Relatório produzido pelo CNJ em 2017 deu conta de que “*ao final de 2016, havia 1,4 milhão de execuções penais pendentes, sendo que as execuções iniciadas têm aumentado gradativamente e totalizaram 444 mil processos em 2016, com mais da metade delas implicando pena privativa de liberdade, 272 mil (61,3%)*”¹⁵⁴. Há uma tendência confirmada pelo direito comparado de que o aumento do número de pessoas que recebem as chamadas penas alternativas é acompanhado de um crescimento do número de pessoas que são encarceradas¹⁵⁵. Os sistemas alternativos de penalização, em geral, acabam não produzindo resultados relevantes para a descarcerização.

A maior parte das Comarcas brasileiras não são atendidas pela Defensoria Pública e a maioria das sentenças não são dadas pelo juiz que acompanhou a produção da prova. O Mapa do Encarceramento demonstrou, ainda, que 72% das comarcas brasileiras não são atendidas pelas Defensorias Públicas estaduais¹⁵⁶. O déficit na prestação de assistência jurídica está associado à ausência de informação ao detido sobre seus direitos. No Brasil, em aproximadamente metade das audiências de custódia não se informa ao preso sobre o seu direito

¹⁵² Vale ressaltar que a jurisprudência admite a conversão da pena restritiva de liberdade por restritiva de direito na fase de execução, o que pode, ainda que marginalmente, impactar o número final de réus que efetivamente cumprem pena de prisão. V., por todos, STJ, HC 351.722/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 05/05/2016.

¹⁵³ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 38.

¹⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁵⁵ RUGGIERO, V., 'Carcerizzazione e decarcerizzazione', *In Dei Delitti e delle Pene*, 1991, p. 127-41.

¹⁵⁶ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil* / Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015, p. 40. V., ainda, BRASIL. Ministério da Justiça, *II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*, 2006.

ao silêncio e nada é dito sobre o crime a ele imputado¹⁵⁷. Aproximadamente 70% da população carcerária brasileira afirmou não entender nada ou pouco a respeito do que aconteceu nas audiências¹⁵⁸.

A rotatividade de defensores, promotores e juízes que atuam nos mesmos processos é bastante elevada. Em quase metade (46%) dos processos analisados houve troca de defensor. Três em cada quatro processos, aproximadamente, tiveram troca de promotores (75,4%) e de juízes (73,5%). As sucessivas trocas de defensor, promotor e juiz impactam não apenas o tempo do processo, mas também a qualidade da sentença. A maior parte dos processos são sentenciados por juízes que não participaram das audiências de produção da prova¹⁵⁹, o que torna o princípio da identidade física do juiz, incorporado ao Código de Processo Penal pela inserção da regra contida no § 2º do art. 399 – “*O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença*” – mais uma norma cujo cumprimento é sistematicamente negado pelo Judiciário.

1.3 A execução penal no Brasil: as prisões como ilhas afastadas do estado constitucional de direito

Finalmente, a execução penal no Brasil traz algumas características relevantes: (i) a superlotação agravada pelo crescimento exponencial da população carcerária, (ii) a ausência de condições de reinserção social dos detentos, (iii) o fracasso do encarceramento em massa em reduzir os índices de violência e insegurança; e (iv) a crueldade e desumanidade do sistema penitenciário.

¹⁵⁷ Nesse sentido, o recente relatório do CNJ: “[e]m relação às explicações e informações que os juízes devem fornecer às pessoas custodiadas para assegurar os direitos e o devido processo legal, notou-se que, para 26%, não foi informada a finalidade da audiência e que para quase metade (49,9%) não foi explicado o direito de permanecer em silêncio. Da mesma forma, para 49,7% dos presos apresentados em audiência não foi explicado o crime que motivou a prisão. O dado torna-se mais problemático, em termos de garantia de direitos, quando se observa que, para 74,6% dos presos, apenas foi feita a menção ao crime, sem uma explicação sobre seu significado ou o fundamento da acusação. (...) Não foram poucas as vezes em que os pesquisadores notaram a falta de entendimento dos presos em relação ao que foi discutido na audiência, incluindo seu resultado” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo. Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra, Brasília, 2018, p. 19. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹⁵⁸ BERGMAN, M. et al. *Crime, Segurança Pública e Desempenho Institucional em São Paulo*. São Paulo: CELIV - Centro de Estudos Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia, Universidad Nacional de Tres de Febrero, FGV, Pastoral Carcerária Nacional, nov. 2013.

¹⁵⁹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 36.

A população carcerária tem crescido exponencialmente para muito além da capacidade dos presídios. A população carcerária no Brasil cresce em ritmo alucinado: entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157%¹⁶⁰. Em apenas um ano e meio – de dezembro de 2014 a junho de 2016 – o número de presos saltou de 622.202 para 726.712, o que representa uma taxa de crescimento de mais 11% ao ano. O número de vagas, por outro lado, está estabilizado em cerca 368.049¹⁶¹. Há, assim, um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média dos presídios de 197,4%¹⁶². Portanto, há atualmente dois presos para cada vaga no sistema. Entre os anos de 2008 e 2014, o Brasil observou um crescimento de 33% da população carcerária, ao passo que os outros três países que mais prendem no mundo diminuíram de forma relevante o número de pessoas presas no mesmo período: a Rússia reduziu a população carcerária em 25%, a China em 9% e os Estados Unidos em 8%. O Brasil está na contramão das políticas recentemente implementadas pelos países que têm as maiores populações carcerárias do mundo¹⁶³.

A deterioração do modelo de aplicação das penas privativas de liberdade se aprofunda continuamente. Essa visão é amplamente aceita pelo próprio Estado: o CNJ, em recente estudo sobre o tema, reafirmou que “*o aumento da opção pelo encarceramento no Brasil não é acompanhado pela garantia das condições carcerárias, contribuindo para a violência no interior do sistema prisional, a disseminação de doenças e o crescimento das facções criminais*”¹⁶⁴. A cada dia se prende mais, com menos qualidade e de forma mais violenta: sem

¹⁶⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* - Dezembro de 2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 12. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

¹⁶¹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* - Dezembro de 2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 8. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

¹⁶² BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* – Junho de 2016. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁶³ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* – Junho de 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 14. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

¹⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo. Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra, Brasília, 2018, p. 12. Disponível em:

garantia de condições minimamente dignas para os apenados nos estabelecimentos prisionais, e sem que se ofereçam perspectivas concretas de qualificação dessas pessoas, o sistema reproduz a exclusão, impacta negativamente a segurança pública e ofende gravemente múltiplos direitos fundamentais dos presos¹⁶⁵.

O sistema prisional brasileiro não oferece condições de reinserção social dos detentos.

O encarceramento brasileiro incide primordialmente sobre homens, negros e jovens, que são acusados da prática de crimes patrimoniais ou de tráfico de entorpecentes – delitos associados à pobreza e à falta de oportunidades de inserção no mercado de trabalho – e que, em sua maioria, não chegam a ter mais do que o ensino fundamental¹⁶⁶. Apesar disso, não há oportunidades para a ressocialização em nossas prisões: em junho de 2016, somente 12% dos presos se envolvia em alguma atividade educacional e apenas 15% da população carcerária desenvolvia algum trabalho¹⁶⁷⁻¹⁶⁸. Estudos sinalizam o impacto do desenvolvimento social sobre a violência: o aumento da taxa de frequência escolar de jovens, por exemplo, reduz a taxa de homicídios¹⁶⁹, ao passo que o aumento do desemprego eleva a taxa de ocorrência desse delito¹⁷⁰. Nesse

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹⁶⁵ São ofendidos o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

¹⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*/ Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015, pp. 27-38.

¹⁶⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017, pp. 53 e 56. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁶⁸ Vale registrar o pontual, mas relevante, programa “Começar de novo”, que visa promover a reinserção social de detentos criado pelo CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

¹⁶⁹ CERQUEIRA, D.; MELLO, J. M. P. *Evaluating a national anti- rearm law and estimating the casual e ect of guns on crime*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, mar. 2013. (Texto para Discussão, n. 607). Disponível em: <<http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/les/td607.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁷⁰ CERQUEIRA, D.; MOURA, R. L. Demografia e homicídios no Brasil. In: CAMARANO, A. A. (Org.). *Novo regime demográfico: uma nova relação entre população e desenvolvimento?* Rio de Janeiro: Ipea, 2014a. cap. 11, p. 355- 373. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23975>. Acesso em: 30 out. 2017.

contexto, considerando a alta estigmatização da prisão e a ausência de programas de educação e trabalho nas cadeias, as chances de reinserção social desses presos são mínimas¹⁷¹.

O crescimento da população carcerária no Brasil não tem reduzido os índices de violência ou de sensação de insegurança. É evidente hoje o fracasso da política criminal baseada na *cultura do encarceramento*, caracterizada pelo crescimento exponencial da população carcerária, pela elevação dos custos com a manutenção do sistema prisional, pela forte estigmatização social dos apenados e pelo elevado índice de reincidência dos egressos do sistema prisional. Esse fracasso, contudo, tem intensificado, contraditoriamente, a aposta na expansão do direito penal e da pena prisão¹⁷². De 1990 a 2016, a população carcerária registrou aumento de 707%¹⁷³. Apenas entre 2001 e 2016, a população carcerária cresceu 208%, ao passo que a população brasileira cresceu apenas 19,5%¹⁷⁴. Embora o número de vagas no sistema prisional tenha quase triplicado entre os anos 2000 e 2016, o déficit de vagas no mesmo período mais do que dobrou¹⁷⁵.

¹⁷¹ De fato, o fracasso do sistema prisional brasileiro, reconhecido por tantos outros países do mundo, confere certa razão, ao menos em termos gerais, à conclusão de que Baratta no sentido de que a prisão tem perdido ao longo dos anos qualquer véu ideológico que possa justificar socialmente sua existência em termos tecnocráticos para o que realmente é: um instrumento de incursão para aqueles que não podem ser controlado de outra forma. V., sobre o tema, BARATTA, A., 'La teoria della prevenzione-integrazione: Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica', *Dei Delitti e delle Pene*, vol. 1, 1984, p. 5-30. No mesmo sentido: PAVARINI, M., 'Al di là della pena, al di là del carcere ... appunti e note teoriche in tema di decentramento e amministrativizzazione del controllo sociale', in G. Zappa, ed., *Carcere, ente locale e opinione pubblica*. Bologna: GLUEB, 1985, p. 31-42.

¹⁷² Com base nessa constatação, Salo de Carvalho afirma que o direito penal contemporâneo é um incisivo investimento pulsional de si mesmo. V. CARVALHO, Salo de. *Anti-manual de criminologia*. 2a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 96-77. De acordo com Silva Sánchez, ocorre com crescente frequência que a expansão do direito penal se apresenta como produto de uma espécie de “perversão” do aparelho estatal, que buscaria no recurso frequente à legislação penal uma solução (aparentemente) fácil aos problemas sociais, delegando ao plano simbólico (ou seja, a declaração de princípios - que sempre tranquiliza a opinião pública) tudo o que deve ser resolvido no nível instrumental (de proteção efetiva). V. SILVA SÁNCHEZ J., *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2a ed. Madrid, Civitas, 2001, p. 19.

¹⁷³ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* - Dezembro de 2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁷⁴ Em 2001, a população estimada era de aproximadamente 172,4 milhões de habitantes; em 2016, a população passou para cerca de 206,1 milhões. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/29/brasil-tem-mais-de-208-milhoes-de-habitantes-segundo-o-ibge.ghtml>>. Acesso em 20 dez. 2018.

¹⁷⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* - Dezembro de 2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 20. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

A institucionalização dessa *cultura do encarceramento*, além de não ter mostrado aptidão para reduzir os índices de violência¹⁷⁶ ou a sensação de insegurança¹⁷⁷, tem produzido graves violações a múltiplos direitos fundamentais de enorme parcela da população brasileira¹⁷⁸. Como recordaram Tiago Joffily e Airton Gomes Braga, “*a imaginada correlação entre encarceramento, de um lado, e redução da criminalidade, de outro, nunca foi demonstrada empiricamente*”¹⁷⁹. Pelo contrário, o mais abrangente estudo sobre o tema, conduzido pelo criminólogo finlandês Lappi-Seppälä – que serviu de base para as discussões travadas no 12º Congresso da ONU sobre prevenção ao crime e justiça criminal –, comprovou que o aumento das taxas de encarceramento pouco ou nada contribui para a redução dos índices de criminalidade¹⁸⁰. Apesar das evidências de que a prisão no Brasil não reduz a criminalidade¹⁸¹,

¹⁷⁶ Recente pesquisa mostra que a expansão do direito penal e da pena de prisão não produziu qualquer redução nas taxas de violência: “Nas últimas décadas, houve crescimento da vitimização por vários crimes. Segundo IBGE (2010), numa comparação entre pesquisas de vitimização realizadas em 1988 e 2009, com pessoas com mais de 10 anos de idade, para verificar se foram vítimas nos últimos 365 dias, as vítimas de tentativa de roubo ou furto passaram de 1,6% em 1988 para 5,4% em 2009; as vítimas de roubo e furto aumentaram de 5,4% para 7,4%; e as de agressão física cresceram de 1,0% para 1,6%. A taxa de estupro por 100 mil habitantes, a partir dos registros de ocorrência policial compilados pela Senasp, vem, apesar de reconhecidos os limites na coleta desses dados, em um crescente: 13,25 (2009), 17,30 (2010), 21,07 (2011) e 25,58 (2012). Também há estimativa de que no mínimo 527 mil pessoas sejam estupradas no Brasil por ano (Cerqueira e Coelho, 2014). A Pesquisa Nacional de Vitimização (Senasp, Datafolha e Crisp, 2013a), realizada no período 2010-2012, apontou que 0,8% dos entrevistados foi vítima de ofensa sexual (ou agressão sexual) nos doze meses anteriores à entrevista. No entanto, nos últimos anos, alguns crimes têm se mantido estáveis. Estima-se que os homicídios no Brasil estejam se mantendo em, aproximadamente, 60 mil (ao ano) nos últimos anos, mais precisamente entre 2001 e 2010: 57.001, em 2001; o piso de 56.418, em 2006; o teto de 62.375, em 2009; e 60.015, em 2010 (Cerqueira, 2013)” (FERREIRA, H. R. S.; MARCIAL, E. C. *Violência e segurança pública em 2023: cenários exploratórios e planejamento prospectivo*. Rio de Janeiro: Ipea, 2015, p. 62).

¹⁷⁷ Pesquisa da CNT e MDA mostra que 37,1% dos entrevistados consideraram ruim ou péssima a sua segurança pessoal e de sua família na cidade onde vivem, e que 57,8% sentem que a violência aumentou muito no último ano no lugar onde moram. V. CNT – Confederação Nacional do Transporte; MDA Pesquisa. Pesquisa CNT/MDA: rodada 118 – relatório síntese. Brasília: CNT; MDA, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Pesquisa%20CNT%20MDA/Relatorio%20SINTESE%20-%20CNT%20ABRIL2014%20-%20R118%20-%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁷⁸ SALLA, FERNANDO. Sistema Prisional no Brasil: balanço de uma década. In: POSSAS, MARIANA THORSTENSEN (org.). 5o Relatório Nacional de Direitos Humanos: 2001-2010. São Paulo: NEV-USP, 2012. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down265.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁷⁹ V. Alerta aos punitivistas de boa-fé: não se reduz a criminalidade com mais prisão – Por Tiago Joffily e Airton Gomes Braga. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/alerta-aos-punitivistas-de-boa-fe-nao-se-reduz/>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

¹⁸⁰ V. LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Causes of prison overcrowding. United Nations Asia and Far East Institute, Report of the workshop Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities. p.43-64. 2011. Disponível em: www.unafei.or.jp/english/pdf/Congress_2010/12Tapio_Lappi-Seppala.pdf. A referência ao trabalho também foi encontrada no excelente artigo de Tiago Joffily e Airton Gomes Braga acima citado.

¹⁸¹ Nesse contexto, é bastante relevante assinalar que a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/80), que impediu a progressão de regime e impediu durante mais de uma década a progressão de regime e contribuiu para o exponencial aumento da população carcerária no Brasil não produziu resultados positivos na redução da criminalidade. V., a propósito do impacto da Lei dos Crimes Hediondos nas taxas de criminalidade e na administração carcerária, o relatório de pesquisa do ILANUD (2005), A Lei de Crimes Hediondos como

provoca a reincidência, fabrica delinquentes e favorece a formação de organizações criminosas, o direito penal brasileiro é cada vez mais identificado com a pena privativa de liberdade. As execuções penais privativas de liberdade corresponderam a 62,8% das penas da Justiça criminal brasileira em 2015¹⁸². Tribunais de Justiça como os do Rio de Janeiro, do Ceará e do Espírito Santo chegam a aplicar pena de prisão em mais de 90% dos casos.

*O sistema penitenciário brasileiro é cruel e desumano. A crise do sistema penitenciário brasileiro está escancarada no noticiário nacional e internacional. Centenas de milhares de seres humanos são vítimas de um tratamento indiscutivelmente cruel e desumano nas cadeias brasileiras. O cenário é de tamanha gravidade e indignação que o Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento da MC-ADPF 347, chegou a afirmar em seu voto que “os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre”*¹⁸³. Na síntese de Daniel Sarmento,

As prisões brasileiras – que já foram descritas pelo Ministro da Justiça, sem nenhum exagero, como “masmorras medievais” – são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde, à seguridade social e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Há mulheres em celas masculinas e outras que são obrigadas a dar à luz algemadas. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.¹⁸⁴

As pessoas são recolhidas em celas imundas e submetidas a torturas, maus-tratos, doenças contagiosas e violência sexual. Faltam nos presídios água potável, alimentação adequada e produtos de higiene pessoal. Não há ocupação nem atividades produtivas para a

Instrumento de Política Criminal, São Paulo, Relatório de Pesquisa. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/torviolpolsist/RelILANUD.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

¹⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2016: ano-base 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>, p. 72 e ss. Acesso em: 12 jul. de 2017.

¹⁸³ STF, ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

¹⁸⁴ SARMENTO, Daniel. As masmorras medievais e o Supremo. 2015. Disponível em: <<http://www.jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

maioria dos presos¹⁸⁵. É difícil imaginar lugar pior no país do que uma penitenciária: os presos estão abandonados à sua própria sorte, submetidos a toda sorte de violência física e psicológica e amedrontados por organizações criminosas instaladas nos presídios. As violações aos direitos fundamentais dos presos brasileiros podem ser agrupadas, para fins didáticos, nos termos a seguir propostos:

Vida e integridade física. Nos 1.598 estabelecimentos penitenciários pesquisados, no ano de 2013, se registraram 83 suicídios, 110 homicídios, 3.443 presos com ferimentos e 2.772 lesões corporais¹⁸⁶. No primeiro semestre de 2016, o sistema prisional registrou cerca de 430 mortes não naturais¹⁸⁷. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos indica que as principais situações de risco para a vida de pessoas encarceradas decorrem de episódios de violência entre internos¹⁸⁸ de que são exemplos os mais de 70 motins ocorridos em 2006 na cidade de São Paulo, assim como os eventos sucedidos na Casa de Detenção José Mário Alves da Silva, o “Urso Branco”, em Porto Velho; no Centro de Detenção Provisória Raimundo Vidal

¹⁸⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de Gestão: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução De Medidas Socioeducativas – Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

¹⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013, p. 73. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em: 30 nov. 2017.

¹⁸⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 52. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁸⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 diciembre 2011, p. 9. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

Pessoa, em Manaus¹⁸⁹; no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís¹⁹⁰; e, ainda, no Presídio Professor Aníbal Bruno, em Recife¹⁹¹.

O Subcomitê para a Prevenção da Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU registrou, ainda, a ocorrência de inúmeros casos de maus-tratos, humilhações, insultos, sanções arbitrárias, espancamentos e privação de comida e água nos estabelecimentos penitenciários pesquisados, sobretudo como forma de castigo ou punição¹⁹². Além disso, o mesmo Subcomitê ressaltou a complacência da magistratura brasileira em relação ao grave quadro de sistemática prática de tortura e maus-tratos em estabelecimentos prisionais¹⁹³. Apenas no primeiro semestre de 2014, e sem que fossem apresentados os dados de São Paulo e do Rio de Janeiro – que juntos têm mais de um terço da população carcerária do país –, foram registradas 565 mortes nos presídios brasileiros¹⁹⁴.

Com uma elevação tão considerável da população carcerária nos últimos anos e sem a criação de novas vagas, não causa surpresa a intensificação dos episódios de extrema violência nos estabelecimentos prisionais. Para que se tenha um exemplo recente, no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, onde ocorreram pelo menos três rebeliões desde o início do ano de 2018, nove detentos morreram, dois dos quais decapitados, e 14 ficaram feridos¹⁹⁵. Essa tragédia humana é consequência previsível do *estado de coisas inconstitucional* do nosso

¹⁸⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 diciembre 2011, p. 65. Disponível em: < <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹⁹⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 diciembre 2011, p. 110. Disponível em: < <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹⁹¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 diciembre 2011, p. 153. Disponível em: < <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹⁹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. “Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes”, pp. 15 e 21.

¹⁹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. “Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes”, p. 7.

¹⁹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* - Junho de 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2015, p. 13. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14 Jul. 2015.

¹⁹⁵ Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-01/carmen-lucia-viaja-goias-para-inspecionar-presidios-onde-ocorreram>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

sistema prisional, já reconhecido pelo STF, e da contínua omissão dos Poderes Públicos em enfrentá-lo.

Progressão de regime e liberdade condicional. A legislação brasileira estabelece o direito à progressão de regime, para crimes não considerados hediondos, com o cumprimento de um sexto da pena (art. 112 da LEP); e reconhece o direito à liberdade condicional a partir do cumprimento de um terço da pena (arts. 83 e 90 do Código Penal e arts. 131 e 146 da LEP). A relativa moderação com que esses requisitos objetivos foram fixados pelo legislador não retrata o quadro dramático da grande maioria da população carcerária, que não obtém o reconhecimento do direito à progressão de regime e à liberdade condicional quando atingem os respectivos patamares mínimos de cumprimento da pena. Uma pesquisa realizada na maior vara de execução criminal do país – da cidade de São Paulo – demonstra que os direitos à progressão de regime com o cumprimento de um sexto da pena e o livramento condicional com o cumprimento de um terço da pena – pelo menos para a imensa maioria de presos pobres – não passam de promessas sistematicamente descumpridas pelo sistema de justiça criminal brasileiro:

Com referência à progressão de regime, o primeiro resultado obtido indica que 22,1% de presos obtiveram a progressão de regime (com margem de erro 4%). Deste modo, apenas uma pequena parte da população carcerária logra cumprir sua pena de modo progressivo, muito embora a progressividade seja o modelo geral adotado pela LEP e pela Constituição Federal (...). Outra informação reveladora é que 72,5% das pessoas que obtiveram a progressão haviam cumprido mais de um terço da pena. Por esse dado infere-se que, da pequena parte dos presos que obtém a progressão de regime, a maioria só a alcança com o cumprimento do prazo muito acima do legal (um sexto), o que demonstra que este não é balizador das decisões dos juízes. (...) Em relação ao livramento condicional, observou-se que 8% de presos obtiveram este benefício (margem de erro 3%). (...) Esse dado aponta para uma parcela muito pouco significativa da massa carcerária que realmente chega a alcançar o benefício. Note-se que seu percentual é ainda inferior ao dos que obtém a progressão de regime.¹⁹⁶

As causas que explicam essa dramática realidade de ampla negação aos direitos dos presos à progressão de regime e à liberdade condicional serão objetivo de análise mais aprofundada em capítulo próprio deste trabalho – especialmente sob o prisma do desprestígio que o princípio da legalidade tem enfrentado no campo penal. Mas é possível antecipar que algumas das principais causas dessa realidade são a carência de Defensores Públicos e a existência de práticas ilegais dos juízes e Tribunais de segundo grau, somadas à comprovada

¹⁹⁶ TEIXEIRA, Alessandra. BORDINI, Eliana Blumer Trindade. “Decisões judiciais da Vara das Execuções Criminais: punindo sempre mais”. In: São Paulo em Perspectiva. Vol. 18, n. 1, São Paulo, Janeiro, 2004.

resistência em seguir os precedentes do STJ. Nesse contexto, não causa surpresa que, em São Paulo – que tem a maior população carcerária do país –, apenas 22% dos presos progridam de regime com o cumprimento de um sexto da pena e que apenas 8% obtenham liberdade condicional¹⁹⁷.

Práticas judiciais que geram obstáculos ao reconhecimento da liberdade condicional. É comum que juízes neguem o direito à liberdade condicional com base na gravidade abstrata do delito pelo qual o apenado foi condenado, o que conduz, na prática, à anulação desse direito para todos os crimes de tráfico de entorpecentes e crime praticados com violência (ficta ou real)¹⁹⁸. Para a concessão do benefício do livramento condicional, nos termos do art. 83 do CP e arts. 112 e 131 da LEP, deve o apenado preencher os requisitos de natureza objetiva (fração de cumprimento da pena) e subjetiva (comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover o próprio sustento de maneira lícita).

A gravidade dos delitos pelos quais o apenado foi condenado – bem como a longa duração da pena a cumprir – não são fundamentos válidos para indeferir o livramento condicional¹⁹⁹. *Em primeiro lugar*, porque a lei não condiciona o deferimento da liberdade condicional ao exame da gravidade do delito. *Em segundo lugar*, porque a gravidade (abstrata e concreta) do delito já foi considerada no momento da dosagem da pena, impactando o

¹⁹⁷ TEIXEIRA, Alessandra. BORDINI, Eliana Blumer Trindade. “Decisões judiciais da Vara das Execuções Criminais: punindo sempre mais”. In: São Paulo em Perspectiva. Vol. 18, n. 1, São Paulo, Janeiro, 2004.

¹⁹⁸ Vale registrar, para exemplificar, acórdão do STJ que afirma a ilegalidade desse tipo de decisão judicial tão comum no Judiciário brasileiro: “Sobre a matéria, esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento no sentido de que fatores relacionados ao crime praticado são determinantes da pena aplicada, mas não justificam diferenciado tratamento para concessão do livramento condicional, de modo que o respectivo indeferimento somente poderá fundar-se em fatos ocorridos no curso da própria execução penal” (STJ, HC 411.951/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. em 19/09/2017). As práticas judiciais apontadas neste item caminham na contramão do objetivo da execução penal de proporcionar melhores condições de reinserção social. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Brito: “1. Para maior respeito à finalidade reeducativa da pena, o livramento condicional constitui a última etapa da execução penal, timbrada, esta, pela ideia central da liberdade responsável do condenado, de modo a permitir-lhe melhores condições de reinserção social. 2. A Lei de Execução Penal é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. 3. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais” (STF, HC 99652, Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 03.11.2009).

¹⁹⁹ Esse entendimento é pacífico na jurisprudência do STJ. V., por todos, STJ, HC 459.985/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 23.08.2018.

preenchimento do requisito objetivo (fração do cumprimento da pena), o que impede que a gravidade do delito seja novamente considerada – sob a ótica do requisito subjetivo – em prejuízo do apenado, sob pena de violação ao princípio *ne bis in idem*.

Para a concessão do benefício do livramento condicional, nos termos do art. 83 do Código Penal, deve o reeducando preencher, além do requisito de natureza objetiva, os de natureza subjetiva – comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover ao próprio sustento de maneira lícita²⁰⁰. Entretanto, a jurisprudência do STJ acabou se consolidando no sentido de que as instâncias ordinárias poderiam, excepcionalmente, diante das peculiaridades do caso concreto, determinar a realização de exame criminológico para aferir o mérito do apenado, desde que essa decisão seja adequadamente motivada²⁰¹.

Esse entendimento jurisprudencial abriu as portas para que a magistratura brasileira ressuscitasse o já revogado exame criminológico e passasse a utilizar as suas conclusões – em geral relacionadas à vida do apenado antes do ingresso no sistema prisional, o que contraria os

²⁰⁰ De acordo com o artigo 83, do Código Penal, o livramento condicional pode ser concedido ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes. Se o condenado for reincidente em crime doloso, é necessário que cumpra mais da metade da pena; nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, é necessário que cumpra mais de dois terços da pena, desde que não seja reincidente específico em crimes dessa natureza. Deve-se comprovar, ainda, comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto, e tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração. Ainda, conforme o parágrafo único deste artigo, para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará, também, subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. O livramento condicional suspende a execução da pena privativa de liberdade, embora prolongue o controle penal formal sob a vida do indivíduo: a decisão que concede o livramento condicional deve especificar as condições a que ficará subordinado o benefício, a teor do artigo 85, do Código Penal. O artigo 132, parágrafos 1º e 2º, da Lei de Execução Penal, estabelece que serão sempre impostas ao liberado condicional as seguintes obrigações: obter ocupação lícita dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho; comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; e não mudar do território da comarca do juízo da execução, sem prévia autorização deste. Poderão, ainda, ser impostas, entre outras, as seguintes obrigações: não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; recolher-se à habitação em hora fixada; e não frequentar determinados lugares. Para Maria Lúcia Karam, o livramento condicional é a última etapa do cumprimento da pena privativa de liberdade, consistindo na imposição de medidas restritivas da liberdade que substituem a privação deste direito após o cumprimento de determinado período de encarceramento. V. KARAM, Maria Lúcia. Disciplina do livramento condicional no ordenamento jurídico-penal brasileiro e violações a direitos fundamentais. In: MARCHI JR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coord.); FERNANDES, Agostinho; LACERDA, Bruno Amaro (Colab.). *Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 153.

²⁰¹ V., por todos, STJ, HC 386.558/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 18.04.2017.

requisitos previstos no art. 83 do CP – para negar o direito à liberdade condicional²⁰². Por fim, a jurisprudência consolidada no STF no sentido de admitir que o juiz exija fundamentadamente o exame criminológico para avaliar pedido de livramento condicional viola o princípio da legalidade²⁰³. É que a previsão de exigência do exame criminológico, para a análise relativa aos benefícios a que tem direito o custodiado, foi excluída do artigo 112 da Lei de Execuções Penais pela Lei n. 10.792/2003. Também é usual que os juízes condicionem a liberdade condicional à passagem pelo regime prisional intermediário, ainda que essa exigência não tenha qualquer base legal²⁰⁴.

Práticas judiciais que geram obstáculos ao reconhecimento da progressão de regime. Até os dias atuais, depois de mais de uma década da decisão do STF que declarou inconstitucional a vedação à progressão de regime para crimes hediondos, o STJ continua corrigindo sistematicamente decisões das instâncias ordinárias que se recusam a aplicar a jurisprudência do STF²⁰⁵. Além disso, é bastante comum que os juízes, novamente sem amparo na lei, neguem o direito à progressão de regime em razão da gravidade abstrata do delito ou da longevidade da pena. Felizmente, a pequena parcela de apenados – geralmente assistidos pela Defensoria Pública – que consegue acessar o STJ tem obtido ordem de *habeas corpus* para afastar essas flagrantes ilegalidades praticadas pelas instâncias ordinárias²⁰⁶. Os juízes brasileiros chegam ao ponto de indeferir a progressão porque o exame criminológico – cuja exigência, em si mesma, é inconstitucional – não contou com a participação de um médico psiquiatra, o que é bastante comum dada a falta de médicos nos estabelecimentos prisionais.

²⁰² Em nossa visão, correta a orientação firmada em precedente do STJ assim resumido: “1. São requisitos cumulativos para a concessão do livramento condicional - nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, com a nova redação introduzida pela Lei nº 10.792/03 - o cumprimento de um terço da pena no regime anterior (requisito objetivo), e bom comportamento carcerário (requisito subjetivo), ficando a lei silente sobre exigência de exame criminológico. 2. Tendo o Juízo de Execução concedido o livramento condicional, com dispensa do exame criminológico, por entender estarem preenchidos os requisitos legais, não cabe ao Tribunal a quo, sem fundamentação idônea, reformar a decisão para exigí-lo ou condicionar tal progressão a requisitos não constantes da norma de regência. 3. O cometimento de faltas graves, pelas quais o apenado já cumpriu as devidas punições, não se constitui motivação concreta para se denegar o benefício. 3. Ordem concedida.” (STJ, HC 138.086/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 27.10.2009).

²⁰³ V., por todos, STF, HC 116422, Relator Min. Marco Aurélio, Relatora p/ Acórdão Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 05.11.2013.

²⁰⁴ Essa prática judicial também tem sido considerada ilegal pelo STJ: “a jurisprudência deste Tribunal consolidou entendimento no sentido de que não há obrigatoriedade de o apenado passar por regime intermediário para que obtenha o benefício do livramento condicional, ante a inexistência de previsão no art. 83 do Código Penal” (STJ, HC 411.951/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. em 19.09.2017).

²⁰⁵ V., por todos, STJ, HC 315.076/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 07.12.2017.

²⁰⁶ V., por todos: STJ, AgRg no AREsp 963.994/MT, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 30.11.2016; STJ, HC 373.503/SP, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15.02.2017.

Novamente, quando esses casos chegam ao STJ costumam resultar na concessão de *habeas corpus* em favor do apenado²⁰⁷.

Também é muito comum que os juízes analisem o cumprimento dos requisitos subjetivos à luz da vida pregressa do apenado, o que constitui clara afronta ao disposto na lei, que exige que essa avaliação dos requisitos subjetivos seja feita à luz do histórico carcerário do condenado. Mais uma vez, quando esses apenados conseguem acessar o STJ, têm reconhecido o direito à progressão, já que, segundo a jurisprudência daquele Tribunal, “*ao indeferir a progressão de regime prisional por inadimplemento do requisito subjetivo, o julgador deve mencionar elementos desabonadores relacionados ao histórico carcerário do apenado*”²⁰⁸. Esses são apenas alguns dos obstáculos criados pela magistratura criminal brasileira para impedir o reconhecimento do direito à progressão de regime pelos apenados. Criam requisitos não previstos em lei, utilizam elementos já levados em consideração no momento da dosimetria da pena (como a gravidade do delito e a quantidade de pena aplicada) para indeferir a progressão, insistem na já revogada exigência de exame criminológico, e, por fim, interpretam os requisitos subjetivos contidos na lei de modo a considerar, contra a literalidade da lei, os aspectos da vida pregressa do apenado – antes da entrada no sistema prisional – como fundamento para lhes negar a progressão.

Educação. O mais recente relatório sobre o sistema prisional brasileiro demonstrou que apenas 12% dos estabelecimentos prisionais desenvolvem algum tipo de atividade educacional²⁰⁹. Do total mencionado de estabelecimentos penitenciários objeto da pesquisa do Conselho Nacional do Ministério Público, 60% registraram a ausência de bibliotecas para os internos²¹⁰. O Subcomitê para a Prevenção da Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, em acréscimo, destacou que, no complexo de Viana, no Espírito Santo, a maior parte dos internos não tinha acesso a programas de atividade e lazer,

²⁰⁷ STJ, HC 395.571/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 05.12.2017.

²⁰⁸ STJ, HC 417.391/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 05.12.2017.

²⁰⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* - Dezembro de 2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 53. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

²¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013, p. 81. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em: 30 nov. 2017.

sendo que, quando ofertados, os livros não poderiam ser escolhidos segundo suas preferências pessoais²¹¹. A indisponibilidade de tais atividades foi verificada, segundo o Subcomitê, em diversos outros estabelecimentos.

Saúde. Nos 1.598 estabelecimentos penitenciários pesquisados, 55% indicaram a inexistência de farmácias, aproximadamente 56% não apresentaram enfermarias, 76% afirmaram não haver procedimentos específicos para troca de roupas de cama e banho e uniforme em face de patologias de presos/as, e 66% assumiram não serem prestados atendimentos pré-natais às internas gestantes²¹². Menos de 40% das unidades prisionais contavam, em 2015, com módulo de saúde (ainda assim de qualidade insuficiente). Curiosamente, no levantamento publicado em dezembro de 2016, se indicou que 85% dos estabelecimentos possuíam módulos de saúde²¹³. Os dados, entretanto, são inconclusivos quanto à qualidade dessas unidades de atendimento médico.

Alimentação. A avaliação presencial do CNMP indicou ainda que em 29% dos estabelecimentos penitenciários a alimentação foi considerada regular ou ruim²¹⁴. Vale chamar atenção, em acréscimo, para o elevado número de avaliações subjetivas canceladas sob a rubrica “não se aplica”, equivalente a 20% do total. Pode-se questionar, a propósito, se tal dado guarda relação com a informação apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos de que parte dos insumos destinados à alimentação dos reclusos são comercializados ilegalmente pelas autoridades penitenciárias, não chegando definitivamente aos internos²¹⁵.

²¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. “Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, p. 19.

²¹² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013, p. 81. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em: 30 nov. 2017.

²¹³ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013, p. 120. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em: 30 nov. 2017.

²¹⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 diciembre 2011, p. 183. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

Trabalho. A partir dos dados apresentados pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pode-se inferir a ausência generalizada de oficinas de trabalho nos presídios brasileiros, uma vez que, quando da avaliação pessoal, 68% dos estabelecimentos penitenciários apresentaram a avaliação subjetiva “não se aplica”²¹⁶. A situação, que já é grave, vem se tornando cada dia mais grave. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, segundo o Relatório de Auditoria Governamental do respectivo Tribunal de Contas (TCE/RJ nº 116.234-9/13), a porcentagem dos detentos que exercem algum trabalho diminui de 80,85%, em 2009, para 32,11%, em 2013²¹⁷.

Segundo o mais recente diagnóstico feito pelo Ministério da Justiça, em junho de 2016, 15% da população prisional – o que equivale, em números absolutos, a 95.919 pessoas – desenvolvia algum trabalho, seja interna ou externa aos estabelecimentos penais²¹⁸. Embora a Lei de Execução Penal (art. 126) estabeleça o direito à remissão da pena pelo trabalho – à razão de um dia de pena para cada três de trabalho –, esse direito é apenas mais uma promessa estatal não cumprida, já que o sistema prisional não possibilita, via de regra, o exercício de qualquer atividade laboral aos presos. Além disso, a jurisprudência entende que se o condenado pretende trabalhar, mas o Estado não lhe oferece essa oportunidade, não fará jus à remissão prevista em lei²¹⁹. Mais uma vez, o Estado descumpra a lei, ofende um direito fundamental do preso, e faz recair sobre ele o ônus da ilegalidade praticada pelo sistema de justiça criminal.

Lazer. A extensa pesquisa realizada pelo CNMP²²⁰ indicou que em novecentos e cinquenta e sete estabelecimentos penitenciários – o equivalente a aproximadamente 60% dos

²¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013, p. 60. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em: 30 nov. 2017.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Relatório disponível em: www.tce.rj.gov.br/documents/10180/.../11623413_1.Lai.018.418.0.14pdf.pdf. Acesso em 30 de outubro de 2017.

²¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

²¹⁹ V., sobre o ponto, a extensa pesquisa realizada por Luís Carlos Valois: COELHO, Luis Carlos Honório de Valois. *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 150-159. doi:10.11606/D.2.2012.tde-02042013-105037. Acesso em: 2018-01-24.

²²⁰ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013, p. 81. Disponível em:

1.598 pesquisados –, não se desenvolviam atividades culturais e de lazer à época das inspeções. Segundo o Subcomitê para a Prevenção da Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, os internos do centro Ary Franco no Rio de Janeiro, por exemplo, costumavam passar até três semanas encerrados em celas pouco iluminadas, sujas e mal ventiladas, sem a necessária hora diária no pátio para atividades físicas²²¹.

Acompanhamento psicológico e social. A mesma pesquisa realizada pelo CNMP indicou que 67% dos presídios afirmaram não contar com uma equipe de assistentes sociais que acompanhasse os internos, bem como 60% não apresentaram recintos adequados para a atividade de assistência social²²². Não foram obtidos dados acerca de eventual acompanhamento psicológico.

Superlotação das cadeias e outras violações a direitos fundamentais. Das 563.526 (quinhentas e sessenta e três mil, quinhentas e vinte e duas) pessoas encarceradas em 2014, apenas 357.219 (trezentas e cinquenta e sete mil, duzentas e dezenove) se encontravam dentro da capacidade máxima do sistema: o déficit total era, àquela altura, de 206.307 (duzentas e seis mil, trezentas e sete) vagas²²³. Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, em 38% das unidades prisionais brasileiras – fração dos estabelecimentos que disponibilizou tais dados à pesquisa –, havia, em 2014, 7.399 pessoas mantidas ilegalmente em regime fechado quando já deveriam cumprir suas penas em regime semiaberto. A pesquisa demonstrou que, seguindo essa mesma proporção, seria possível inferir a existência de cerca 32.460 pessoas que teriam direito à progressão de regime, mas que, por falta de vagas, cumpriam penas no regime fechado²²⁴.

<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em: 30 nov. 2017.

²²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. “Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, p. 19.

²²² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013, p. 87. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em: 30 nov. 2017.

²²³ Não foram consideradas as pessoas em cumprimento de prisão domiciliar.

²²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* - Junho de 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2015, p. 13. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

O diagnóstico do sistema prisional brasileiro mais recentemente aperfeiçoado e atualizado pelo Ministério da Justiça indicou que, em dezembro de 2014, o número de pessoas encarceradas era de 622.202, e que, em junho de 2016, esse total chegou ao patamar de 726.712. O crescimento, em apenas um ano e meio, foi de mais de 104 mil detentos, o que representou elevação de mais de 16% nesse curto espaço de tempo²²⁵.

Além disso, a ONU observou que a maior parte dos estabelecimentos prisionais visitados no Brasil não respeitavam o espaço mínimo para cada detento²²⁶. A título ilustrativo, segundo informações da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, os Centros de Detenção Provisória de Santo André e Pinheiros IV apresentaram, quando das inspeções realizadas, uma superlotação de, respectivamente, 338% e 345% de suas capacidades. A ONU registrou que o problema da superlotação – com especial ênfase para os cárceres Nelson Hungria, em Belo Horizonte, e Ary Franco, no Rio de Janeiro – está amplamente associado à falta de privacidade dos internos, especialmente no momento da realização das tarefas básicas de higiene, e às putrefatas condições de salubridade das celas, muitas habitadas também por baratas e outros insetos²²⁷. Levando em conta, ainda, a pesquisa realizada pelo CNMP em 2013, 79% dos estabelecimentos penitenciários não apresentavam separação entre os presos provisórios e os presos em cumprimento definitivo de pena²²⁸. Apesar da falta de convergência dos dados dessas pesquisas, com elevado grau de segurança, é possível afirmar que há cerca de dois presos para cada vaga no sistema prisional²²⁹.

²²⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* - Dezembro de 2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

²²⁶ Segundo o Subcomitê (“Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes - Adición”, p. 7): “La Resolución No 9 establece además que la capacidad de cada bloque de celdas no deberá exceder de 200 reclusos. Asimismo, estipula que todos los centros penitenciarios y las cárceles municipales dotados de celdas colectivas deberán asegurarse de que al menos el 2% de las celdas individuales estén disponibles en caso de que sea necesario separar reclusos. Asimismo, establece que cada celda individual deberá contar con una cama y un espacio de higiene personal con al menos un lavabo y un inodoro, además de una zona para circular; como mínimo, las celdas individuales deberán medir 6 m2. Las celdas colectivas podrán albergar hasta ocho reclusos y deberán tener una superficie de al menos 13,85 m2 [...]”.

²²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. “Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, p. 18.

²²⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013, p. 57. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em: 30 nov. 2017.

²²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* - Dezembro de 2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em:

1.4 Um balanço do sistema de justiça criminal brasileiro

No contexto brasileiro atual, como sugere o quadro traçado no tópico anterior, resulta especialmente relevante insistir na necessidade de submeter a legislação penal e sua aplicação (policial, judicial e penitenciária) às exigências da Constituição. O Código Penal de 1940 manteve as bases do código republicano de 1890, privilegiando ainda mais a pena privativa de liberdade e elevando as penas cominadas aos principais delitos. A ditadura então instalada *“preconizava penas de longa duração e, crente na eficácia do regime de execução penal, a adoção de um sistema de prêmios, em caso de bom comportamento carcerário e demonstrações de recuperação-ressocialização”*²³⁰.

O Código de Processo Penal de 1941, embalado por esse ambiente autoritário, implementou graves retrocessos no sistema de justiça criminal, entre as quais: (i) a prisão preventiva se tornou obrigatória para os condenados em primeiro grau ou pronunciados no júri, quando o nome do réu era lançado no “rol dos culpados” (art. 393, I e II); (ii) se instituiu a desnecessidade de mandado judicial para efetuar busca em domicílio (art. 241); (iii) se atribuiu à autoridade policial e ao juiz a competência para dar início à ação penal por contravenção penal, sem denúncia por parte do Ministério Público, tornando o processo criminal definitivamente filiado ao modelo inquisitivo²³¹. O regime ditatorial instalado no Brasil em 1964, de forma surpreendente, corrigiu alguns exageros mais evidentes do sistema processual penal: (i) enquanto o Código de 1941 admitia a incomunicabilidade do preso, decretada pelo juiz ou pela autoridade policial, sem limite temporal (art. 21), a Lei 5.010/1966 passou a exigir decisão judicial e limitou o período de incomunicabilidade a três dias; (ii) a Lei 5.349/1967 impôs ao julgador o dever de fundamentar a decisão de decretação ou denegação de prisão preventiva, rompendo ainda com a lógica vigente de prisão cautelar obrigatória; (iii) a Lei 6.416/1977 possibilitou a concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante na hipótese em que não se mostrasse necessária a prisão preventiva (art. 310); (iv) a prisão preventiva

<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²³⁰ GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, p. 188-191.

²³¹ GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, p. 193.

obrigatória para crimes com pena igual ou superior a dez anos foi revogada; e (v) a Lei 5.941/1973 possibilitou que o condenado em primeiro grau apelasse em liberdade, desde que fosse primário e tivesse bons antecedentes.

Depois dessa fase de institucionalização ampla de um direito penal marcado por traços autoritários pelo regime ditatorial no início da década de 40 – e, posteriormente, objeto de pequenas correções de rumos em matéria processual nas décadas de 60 e 70 –, uma significativa reforma do Código Penal foi realizada em 1984, no período de plena ascensão da onda de redemocratização. É verdade que essa reforma não resultou na mudança estrutural do sistema penal e tampouco reduziu o elevado rigor na cominação de penas até então vigente, mas promoveu importantes alterações no sistema punitivo: (i) extinguiu a medida de segurança para os imputáveis; (ii) estipulou penas restritivas de direitos como a prestação de serviços à comunidade, em substituição às penas privativas de liberdade de menor duração (art. 43); e (iii) ampliou a possibilidade de emprego de suspensão da execução das penas privativas de liberdade de curtíssima duração. A reforma de 1984 teve por objetivo explícito, bem delineado na exposição de motivos, a diluição da centralidade da pena de prisão no sistema de justiça criminal:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.²³²

Essa diretriz da reforma de tornar a prisão uma medida de *ultima ratio* foi, ao menos em parte, efetivamente implementada pela reforma. Além da novidade da instituição de penas restritivas de direito em substituição às privativas de liberdade, associada à possibilidade de suspensão da pena e à manutenção da maioridade penal em 18 anos, foram criados o regime progressivo de penas (art. 33) e a possibilidade de liberdade condicional (art. 83). Apesar da manutenção da parte especial do Código Penal e, portanto, da severidade com que as penas

²³² Exposição de Motivos do Projeto da Reforma do Código Penal de 1984, item 26. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 20.04.2018.

foram comidas pelo regime ditatorial em 1940, a reforma de 1984 promoveu avanços importantes, especialmente no modelo de aplicação e execução das penas.

Era de se esperar que a instalação da Assembleia Nacional Constituinte e o significativo envolvimento popular na discussão sobre a nova Constituição que marcaria o mais promissor compromisso com a democracia na história do país, aprofundasse a Reforma do Código Penal de 1984 no sentido da humanização do sistema de justiça criminal brasileiro. Infelizmente, não foi o que aconteceu²³³. Em sentido contrário à “*expectativa de que, após a Constituição Federal de 1988, com a redemocratização do Estado, houvesse uma reavaliação geral do direito penal imposto pela ditadura militar, retomando-se o processo de abrandamento e humanização das penas, estas estão, cada vez mais e mais rigorosas*”²³⁴.

A retrospectiva histórica da legislação penal no Brasil mostra que os sucessivos regimes políticos, com exceções pontuais, apostaram continuamente na expansão e na intensificação da repressão penal. Para que se tenha uma ideia mais clara, mais de 80% das leis penais aprovadas de 1940 até 2009 tipificaram novos delitos, aumentaram penas ou restringiram direitos penais, como a liberdade provisória, a progressão do regime de cumprimento da pena etc. A maioria de leis mais gravosas incidiu sobre o Código Penal de 1940, que já revelava uma tendência de punição severas e uma clara opção por atribuir enorme centralidade à pena de prisão²³⁵. A conclusão, para Luís Gazoto, “*é a de que este Código de 1940, já tido como o mais rigoroso de nossa história, continuou a sofrer modificações tendentes ao seu enrijecimento*”²³⁶.

Apenas 12% das leis aprovadas nesse longo período de sete décadas apresentaram caráter benéfico, ou seja, promoveram a abolição de crimes, diminuição de penas ou o estabelecimento de beneplácitos, como novas causas extintivas de punibilidade. Das únicas

²³³ V., para uma ampla pesquisa demonstrando o fracasso da expectativa de redefinição do sistema de justiça criminal brasileiro a partir da Constituição de 1988, PASTANA, Debora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária*. São Paulo: UNESP, 2009.

²³⁴ GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, p. 281.

²³⁵ V., sobre o tema, FRAGOSO, Christiano Fragoso. *Autoritarismo e sistema penal*. 2011. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

²³⁶ GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, p. 210-211.

quinze leis benéficas aprovadas nesse longo período histórico, sete tratam da extinção de punibilidade em crimes fiscais por meio do pagamento dos tributos, o que confirma que a enorme seletividade do sistema também se manifesta nas poucas ocasiões em que o Congresso produz normas penais benéficas. Outras seis leis consideradas benéficas tratam da chamada “delação premiada”, instrumento que, embora conceda benefícios ao colaborador, não pode ser tida como propensa à contenção do direito penal e das penas de prisão, pois constitui importante incentivo para a aplicação da pena aos chamados “delatados”.

As outras poucas leis taxadas de benéficas podem ser assim resumidas: (i) a Lei 11.343/2006 eliminou a pena privativa de liberdade ao chamado “usuário” de drogas ilícitas; (ii) a *Lei dos Juizados Especiais* (Lei 9.099/1995) estabeleceu a possibilidade de, por acordo entre o autor de infração de menor potencial ofensivo e a vítima (ou Ministério Público), evitar-se o processo penal²³⁷; (iii) a Lei 11.106/2005 aboliu os anacrônicos – e já então patentemente inconstitucionais – crimes de rapto, sedução e adultério; (iv) as Leis 6.620/1978 e 7.170/1983 modificaram o duríssimo tratamento dado aos crimes contra a segurança nacional; (v) a Lei 6.416/1977 estabeleceu a possibilidade de perdão judicial, na hipótese de homicídio culposo, quando as consequências da infração atingirem o próprio agente, de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária; (vi) a Lei 9.521/1997 tornou atípica a conduta de “explorar a credulidade pública mediante sortilégios, predição do futuro, explicação de sonho ou práticas congêneres”, que antes era considerada contravenção penal mas nunca tinha tido qualquer efetividade; (vii) a Lei 7.209/1984 fez uma relevante reforma na *Parte Geral* do Código Penal de 1940²³⁸; e (viii), por fim, a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que inaugurou importantes avanços no campo da individualização e da humanização das penas. No campo processual, cabe destacar a aprovação da Lei 12.403/2011, que estabeleceu medidas cautelares

²³⁷ Na síntese de Rodrigo de Azevedo, “para os delitos chamados de menor potencial ofensivo, com pena máxima até dois anos de reclusão, a Constituição Federal autorizou a criação dos Juizados Especiais Criminais, regulamentados pela Lei 9.099/ 95. Neste caso, é dispensada a realização do inquérito policial, e existe a possibilidade de conciliação entre vítima e autor do fato, para composição dos danos, bem como de transação oferecida pelo Ministério Público para o cumprimento de medida alternativa sem reconhecimento de culpa, e ainda a suspensão condicional do processo, que é cabível não só para os delitos de competência dos Juizados, mas para todos aqueles cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Neste último caso, o Ministério Público proporá a suspensão por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime” (AZEVEDO, Rodrigo de. *Reformas da Justiça Penal no Brasil – A Democratização Inacabada*. *Acta Sociológica*, vol. 72, 2017, p. 53).

²³⁸ GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, p. 255-258.

alternativas à prisão preventiva, com claro objeto de reduzir o elevado grau de encarceramento preventivo²³⁹.

Nas poucas ocasiões em que o legislador brasileiro se ocupou do abrandamento do sistema penal, se limitou, na quase totalidade das vezes (80% dos casos), a transformar o direito penal em instrumento de cobrança de tributos e imunização penal em favor de sonegadores tributários ou instituir a colaboração premiada como técnica de apuração. É sabido que a criação dos Juizados Especiais Criminais aumentou a punição sobre uma população de infratores cujo número era menos representativo: na verdade, esses Juizados apenas incluíram na área da criminalização secundária aqueles pequenos delitos que antes não eram sequer tratados pelo Judiciário, sem qualquer impacto relevante na redução do encarceramento²⁴⁰. Essa síntese mostra que as únicas leis benéficas mais relevantes – e não seletivas – aprovadas nesses setenta anos foram a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 e a Lei de Execução Penal do mesmo ano²⁴¹, ao lado de reformas parciais do CPP que promoveram ajustes importantes no processo penal brasileiro, notadamente aqueles que se dirigiram à redução do perfil inquisitório da ação penal²⁴² e à alteração do regime de medidas cautelares penais²⁴³.

O legislador brasileiro tem desenvolvido, ao longo de mais setenta anos, um programa de expansão e intensificação do direito penal, combinado com a irredutível crença na

²³⁹ O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais publicou um boletim dedicado à análise dessa reforma processual do regime de medidas cautelares penais, destacando que a Lei 12.403/11 veio na contramão das tradicionais respostas punitivas emergenciais e que o processo legislativo que culminou na aprovação da lei foi sério e aprofundado, dedicado à elaboração de uma reforma consistente nessa parte específica da política criminal. V. “Um oásis no deserto punitivo”, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 223, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4369-EDITORIAL—Um-o%C3%A1sis-no-deserto-punitivo>. Acesso em: 12 mar. 2018.

²⁴⁰ ILANUD. *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas*. Relatório final de pesquisa. Relatório da Coordenação Geral de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça, Instituto Latino Americano das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Ilanud/Brasil. 2006; e KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

²⁴¹ Deve-se apontar, ainda, a edição da Lei 11.464/2006, que, após a declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para crimes hediondos, passou a prever que a progressão para esses crimes passaria ocorrer com o cumprimento de 2/5 da pena para primários e 3/5 para reincidentes. Além das poucas leis penais que descriminalizaram condutas pouco relevantes (e por vezes até mesmo tipos penais inconstitucionais), devem ser mencionados os Decretos de indulto que tradicionalmente foram expedidos pelo Presidente da República como forma de amenizar o grave problema da superlotação carcerária.

²⁴² V. FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim Ibccrim*, v. 17, n. 200, p. 19-20, jul. 2009.

²⁴³ V. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Reforma das medidas cautelares pessoais no CPP e os problemas de direito intertemporal decorrentes da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. *Boletim Ibccrim*, v. 19, n. 223, p. 11-12, jun. 2011.

capacidade emancipadora da pena de prisão. Nenhuma outra política pública se mostrou tão indiferente às mudanças de regime político, às transições entre autoritarismo e democracia e às variações de orientação política dos governos. Todos os governos, autoritários ou democráticos, mais próximos à ideologia de esquerda ou de direita, apostaram na proposta de criar mais tipos penais, elevar penas e prender mais pessoas²⁴⁴. Essa tendência da política criminal desenvolvida ao longo das últimas oito décadas também se mostra indiferente ao fracasso desse modelo de constante ampliação do direito penal e da pena de prisão. Basta ver que, segundo o balanço feito por Luís Gazoto, 95% dos projetos de lei apresentados na Câmara dos Deputados e 97% daqueles apresentados no Senado Federal se dirigem à criação de mais delitos e ao aumento as penas daqueles que já existem²⁴⁵.

A sensação de medo difundida na população se eleva progressivamente à medida que os meios de comunicação e a propaganda política inflamam um clima de *punitivismo*²⁴⁶. E tudo isso impulsiona a adoção de fórmulas sentimentais, apaixonadas e moralistas de enfrentamento da complexa questão política de como responder adequadamente à criminalidade (e aos eventuais problemas sociais subjacentes)²⁴⁷. O debate público tem se limitado, em geral, a reproduzir o anseio por uma maior eficácia da política de encarceramento: quanto mais o Estado prender, mais bem-sucedida terá sido a política criminal²⁴⁸. A emergência da política de ampla

²⁴⁴ Há certo equilíbrio entre o número de propostas “penalizantes” apresentadas pelos mais diversos partidos. V. GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, p. 264.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 259-269.

²⁴⁶ O populismo penal no Brasil tem sido impulsionado pelo sensacionalismo da cobertura midiática de certos delitos, o crescimento do número de parlamentares oriundos de carreiras de segurança pública e, especialmente, pela contínua e progressiva aprovação de leis penais mais gravosa, sem qualquer discussão acerca de suas consequências. Nas palavras de Luís Gazoto, “[a]lém do excessivo rigor penal, o populismo penal pode se revelar inadequado também por outros fatores: 1) atecnia; 2) suscetibilidade a falsas impressões; 3) possíveis deficiências das pesquisas de opinião e más leituras delas, pelos políticos; 4) suscetibilidade a manipulações, principalmente pela mídia” (V. GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo*. *Op. cit.*, p. 295).

²⁴⁷ A propósito, Luís Wanderley Gazoto, com base em larga pesquisa empírica, confirma a impressão de que “o Poder Legislativo brasileiro contemporâneo muitas vezes fundamenta o maior rigor penal nas representações sociais, na opinião pública e conteúdos apropriados pela mídia como indicativas da necessidade da repressão penal” (GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, p. 284).

²⁴⁸ O sistema carcerário, para além de não cumprir com as promessas de ressocialização e reeducação, também é verdadeiro observatório da desumanidade e da sistemática violação aos direitos fundamentais. O evidente fracasso do cárcere tem gerado novas expectativas punitivas, que culminam por reafirmar o modelo fracassado. Nesse sentido, confira-se a crítica de Juarez Cirino dos Santos: “[a] crítica científica à ineficácia dos princípios da ideologia punitiva (correção, trabalho, educação penitenciária, modulação da pena, controle técnico da correção etc.) costuma indicar que a prisão não reduz a criminalidade, provoca a reincidência, fabrica delinquentes e

encarcerização exclui a exigência de investigações sociais sobre a eficácia e utilidade dos meios escolhidos²⁴⁹. Pouco ou quase nada se discute sobre o impacto que o funcionamento do sistema criminal tem sobre a violência e a criminalidade. Enquanto a inércia ideológica e institucional predomina nesse setor, o Brasil vive o que o Ministro Luís Roberto Barroso chamou de paradoxo: “*a população tem uma sensação difusa de impunidade. Ainda assim, o país pune muito, com estatísticas de encarceramento crescentes*”²⁵⁰.

Não tem tido maior relevância, portanto, a discussão sobre os níveis de reincidência, o modo como os ex-detentos se inserem na sociedade, ou mesmo sobre as condições sociais – de extrema pobreza e desigualdade – que produzem a maior parte da criminalidade no país. Também não se discute em que setores ou formas de criminalidade – pela intensidade dos danos provocados aos indivíduos – os órgãos de persecução criminal devem concentrar seus esforços. A defesa de uma retórica não realista baseada na ideia de que todos os crimes devem ser apurados em razão do princípio da obrigatoriedade da ação penal esconde o verdadeiro modo de funcionamento do sistema, que necessariamente faz escolhas sobre o que investigar e impede um debate transparente sobre as prioridades institucionais das polícias e do Ministério Público²⁵¹.

Sem identificar com um mínimo de precisão os objetivos a serem alcançados pela norma penal, sequer é possível verificar os resultados produzidos pela criminalização. Como destacam André Luís Callegari e Anderson Teixeira, “*o problema mais importante é que a política em vigor se baseia principalmente em elementos simbólicos, sem prestar a atenção necessária aos resultados práticos*”²⁵². E quanto mais amorfa e rarefeita for a política criminal, menor parece

favorece a organização de criminosos. De fato, a história do projeto “técnico-coercitivo” do sistema carcerário é a história simultânea de seu fracasso: o “poder penitenciário” se caracteriza por uma “eficácia invertida”, através da produção de reincidência criminal, e pelo “isoformismo reformista”, com a reproposição do mesmo projeto fracassado em cada constatação histórica de seu fracasso” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lumen Juris, 2006, p. 81).

²⁴⁹ DONINI Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale*. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà. Milano: Giuffrè, 2004, p. 11.

²⁵⁰ STF, HC 123108, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015.

²⁵¹ Sobre o tema, V. GAZOTO, Luis Wanderley. *O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública*. São Paulo: Manole, 2003. Mais recentemente, nova pesquisa recém-publicada reafirma a compreensão de que a seletividade do sistema de justiça criminal tem origem, em grande medida, nas escolhas de criminalização feitas pelo Ministério Público. V., ainda, SILVESTRE, G. “*Enxugando Iceberg*” – como as instituições estatais exercem o controle do crime em São Paulo. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos.

²⁵² CALLEGARI, André Luis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Costituzione, diritto penale e politica criminale in Brasile tra convergenze e paradossi/Constitution, loi pénale et politiques en Brésil entre convergences et*

ser a capacidade analítica de formulação de críticas ao modo como o direito penal se desenvolve concretamente como prática social e política²⁵³. As pesquisas empíricas sobre o tema têm chegado a duas conclusões bastante claras: (i) não há correlação entre os níveis de criminalidade e o número de pessoas presas ou a duração do encarceramento²⁵⁴, de modo que a severidade das penas é fator irrelevante em relação ao risco de delinquência; e (ii) há evidências objetivas de que a expansão da pena de prisão tem produzido efeitos contraproducentes no controle da violência e da criminalidade²⁵⁵. Entretanto, o conhecimento convencional, a percepção social generalizada e a compreensão política majoritária convergem para uma rejeição imotivada de todas as evidências de que o endurecimento da resposta penal não resulta na redução da criminalidade.

Embora a baixa eficácia do programa de endurecimento da resposta penal venha sendo criticada e denunciada há algum tempo, o momento atual parece ser de amplo reconhecimento do *esgotamento* do modelo de funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro. As mais diversas concepções teóricas, em quase toda parte do mundo, compartilham a visão de que os sistemas punitivos centrados na pena de prisão fracassaram²⁵⁶. No Brasil, a intensa seletividade do sistema é tragicamente combinada com (i) procedimentos investigatórios e judiciais caracterizados, quando menos, pela injustiça e pela ausência de paridade de armas²⁵⁷ e (ii) com um modelo cruel, desumano e violento de cumprimento da pena privativa de liberdade, em que

paradoxes/Constitution, criminal law and policies in Brazil between convergences and paradoxes. *Rivista Di Criminologia*, n. 3, 2013, p. 29, tradução livre do autor.

²⁵³ A mais grave consequência da produção irrefletida da política criminal é o desaparecimento das discussões sobre “por que punir” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 207).

²⁵⁴ MATHIESEN, Thomas. *Prison on trial*, 3 ed. Winchester: Waterslide Press, 2006/1990.

²⁵⁵ Para conhecer uma experiência concreta nesse sentido no contexto norte-americano, V. KOVANDZIC, Tomislav V.; SLOAN III, John J.; VIEIRAITIS, Lynne M. “Unintended Consequences of Politically Popular Sentencing Policy: The Homicide Promoting Effects of ‘Three Strikes’ in U.S. Cities (1980-1999)”. *Criminology and Public Policy*, v. 1, n. 3, 2002, pp. 399-424.

²⁵⁶ Para uma visão geral acerca do tema, V. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3a ed. rev. São Paulo: RT, 2002; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal*. 5a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 3a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

²⁵⁷ Como resumiu Paulo Queiroz, o direito penal passou a “atuar ordinariamente à margem da legalidade – prisões provisórias forçadas e sem amparo legal, prisões além do prazo, tortura, execuções sumárias –, a revelar que, em boa parte, o poder real do sistema penal não é repressivo propriamente, mas ‘configurador-disciplinário’ (positivo, e não negativo), arbitrário e seletivo” (QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 78).

a dignidade humana dos presos é gravemente ofendida diariamente, com a tolerância e complacência da sociedade e, o que é pior, do próprio Estado.

As crises são propulsoras de mudanças. Há quem afirme que a nossa tradição ocidental – principalmente depois da formação dos Estados democráticos na Europa do pós-guerra – criou uma forte dependência entre as crises e as mudanças institucionais ou estruturais²⁵⁸. Independente do grau dessa dependência, o fato é que o reconhecimento da profunda crise do sistema prisional – e, de forma mais abrangente, no sistema de justiça criminal brasileiro – torna urgente a busca por soluções. É sabido que as Cortes constitucionais não são vocacionadas, por exemplo, a enfrentar crises econômicas, embora sejam por elas influenciadas²⁵⁹. Mas não há dúvida de que os órgãos encarregados da jurisdição constitucional são filosoficamente legitimados e institucionalmente preparados para reduzir o grau de violência estatal contra os indivíduos.

Se há um espaço de atuação racional e funcionalmente adequado para a jurisdição constitucional no enfrentamento dessa crise do sistema de justiça criminal, esse espaço deve ser ocupado. Não com arrogância, nem com messianismo. Essa função da jurisdição constitucional na constitucionalização do campo penal deve ser realizada com diálogo e abertura. Também não deve cair na tentação de reformular ou redesenhar toda a política criminal do país. Esse espaço de atuação deve ser concretizado fragmentariamente: (i) contendo os atos de violência que afetam a dignidade dos réus e apenados, (ii) participando de um processo complexo e dialógico de elevação do grau de racionalidade da legislação penal, (iii) contendo excessos punitivos, e (iv) identificando déficits de proteção em que incorra a legislação penal, sem assumir a função de legislador positivo no campo penal.

A política criminal praticada no país tem fracassado no cumprimento de seus principais objetivos: (i) a *função liberal clássica* de proteger eficazmente os direitos fundamentais dos indivíduos contra o arbítrio e abuso do poder punitivo estatal e (ii) a *função social* de promoção de adequada proteção aos direitos e interesses das vítimas dos atos de violência tidos como penalmente relevantes. A pretexto de transformar o direito penal em instrumento de proteção

²⁵⁸ UNGER, Roberto Mangabeira, *European Constitutionalism: proposals for an agenda of debate*, 2002. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/docs/europe1.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

²⁵⁹ V., sobre o tema, MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

social efetiva contra o delito, o Estado institucionalizou um modelo de aplicação de penas privativas de liberdade à margem da Constituição e da lei. O sistema de justiça criminal tem fragilizado a função garantista de proteção às liberdades individuais, sem obter ganhos de funcionalidade na diminuição da violência e da criminalidade.

A recuperação dessas funções liberal e social do direito penal depende de um conjunto coordenado de esforços, mas passa, necessariamente, pela urgente constitucionalização do direito penal, tarefa para a qual a jurisdição constitucional deve contribuir progressiva e sistematicamente. Não é só o direito penal que está em xeque: o Estado constitucional de direito está gravemente fragilizado (i) pela institucionalização de práticas penais inconstitucionais, (ii) pelo desprezo pela dignidade humana daqueles que passam por estabelecimentos prisionais, e (iii) pela rejeição do sistema à ideia republicana de aplicação igualitária da lei. Um novo pacto entre os ideais liberal (de contenção do poder punitivo) e republicano (de aplicação igualitária da lei penal) no campo do direito penal se faz necessário como condição de existência do Estado constitucional de direito.

2 CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

2.1 O constitucionalismo e a juridificação da política

O constitucionalismo moderno caracteriza-se pela pretensão de colocar em pé de igualdade direito e política. Acredita-se, desde o início da modernidade até os dias atuais²⁶⁰, na política como modo legítimo de produção de direito, ao passo que se imputa ao direito a função de limitar a política²⁶¹. É a conhecida tensão entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, entre proteção de direitos fundamentais e soberania popular e, enfim, entre constitucionalismo e democracia²⁶².

As relações entre política e direito foram profundamente alteradas com o advento do constitucionalismo moderno. Nas formas pré-modernas de organização social, assim como no absolutismo do início da modernidade, o direito estava subordinado à política²⁶³. Essa colonização pela política explica-se pelo fato de que o detentor do poder – tanto na pré-modernidade como no nascimento da modernidade – não estava subordinado ao direito. Não se poderia cogitar da distinção entre lícito e ilícito para o soberano, mas apenas para os súditos que estavam no polo inferior da relação de poder com o Estado. Embora o absolutismo tenha marcado a desvinculação parcial da criação do direito e da origem divina do poder²⁶⁴, persistia uma relação assimétrica entre soberano e súdito, da qual resultava a sobreposição do poder político sobre o direito²⁶⁵.

²⁶⁰ A ideia de que as esferas do direito e da política possuem autonomia atravessou toda a modernidade e chegou aos dias atuais. V., a propósito, KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

²⁶¹ Embora a divisão entre direito e política seja útil também para o constitucionalismo contemporâneo, nem sempre a linha divisória entre eles é fixa e tampouco absolutamente nítida. V. MENDONÇA, Eduardo. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política, *Revista de direito do Estado* vol. 13, p. 211, 2009.

²⁶² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Livraria e Lumen Juris Ltda. 2004. p. 177-178.

²⁶³ Marcelo Neves afirma que “não havia limitações jurídico-positivas relevantes ao soberano no exercício do jus imperium, ou seja, limitações normativas estabelecidas e impostos por outros homens à sua ação coercitiva” (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 9).

²⁶⁴ A juridificação das relações horizontais entre privados, chamada por Marcelo Neves de “primeira fornada de juridificação”, não importava direitos subjetivos acionáveis contra o soberano.

²⁶⁵ A tendência à superação dos fundamentos sacros do poder e o surgimento da semântica do direito natural não impediram a instrumentalização política do direito pelo monarca absolutista. Dieter Grimm lembra que “o estado [absoluto], cujo mais importante atributo era a soberania, entendida desde o estudo de referência de Bodin como o direito do governante de ditar a lei para todos sem estar, ele mesmo, limitado por ela. O Estado surge como um

A passagem da pré-modernidade para a modernidade implicou a superação de uma indiferenciação entre poder e direito – ambos se confundiam na semântica religiosa que amparava a estrutura de dominação dos inferiores pelos superiores – por uma diferenciação baseada na subordinação do direito à política. A criação do direito pelo Estado – não mais vinculada ao direito sacro – não impediu que, no nascimento da modernidade, o poder político do monarca estivesse livre de limitações normativas²⁶⁶.

A sociedade moderna, após as revoluções burguesas, exigiu a construção de mecanismos que viabilizassem, a um só tempo, a garantia de autonomia desses sistemas criados pelo aumento da complexidade social e a manutenção do equilíbrio entre eles. Daí por que também a relação entre os sistemas político e jurídico demandava não só a autonomia de cada um deles isoladamente considerado, mas também a estabilização de uma relação permanente que permitisse influências recíprocas. A Constituição forjada a partir das revoluções burguesas pretendeu oferecer à relação entre direito e política um mecanismo capaz de garantir interpenetrações permanentes e construtivas, sem deixar, contudo, que essas influências recíprocas corrompam a autonomia quer do direito, quer da política²⁶⁷.

Estado absoluto” (GRIMM, Dieter. *A conquista do constitucionalismo e suas perspectivas em um mundo mudado*. Trad. de Cláudia Rentroia. Tratado de direito constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, v. 2, p. 54).

²⁶⁶ Como afirma Marcelo Neves, as decisões do detentor do poder “não são avaliadas de acordo com o código jurídico, mas antes pressupostas como intrinsecamente lícitas”. Por isso que “no período absolutista tinha uma relevância especial o princípio ‘Princeps legibus solutus est’ (‘o príncipe está isento da lei’)” (NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul. In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 205). Mantiveram-se indiferenciadas as esferas da política e do direito enquanto permaneceu vigente a compreensão de que as decisões dos detentores do poder não poderiam ser avaliadas de acordo com o código jurídico. Se o exercício do poder político era pressuposto como intrinsecamente lícito, então a política confundia-se com o direito numa mistura que impedia o controle normativo do poder estatal. O processo de diferenciação entre política e direito – iniciado no absolutismo, mas inacabado por força da intensa subordinação daquela a este no campo da relação do indivíduo com o soberano – toma corpo a partir do período revolucionário do final do século XVIII.

²⁶⁷ Essa ideia é explicada por Marcelo Neves, com base em Luhmann, por meio da noção de que a Constituição realiza o acoplamento estrutural entre as esferas do direito e da política: “[e]sse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa” (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35).

Com o surgimento da ideia moderna da Constituição, propõe-se uma inovadora relação de interdependência entre direito e política: de um lado, as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito; de outro, o direito não pode prescindir da criação legislativa das normas jurídicas decorrente da deliberação política²⁶⁸. O vínculo criado entre o direito e a política não é apenas momentâneo²⁶⁹: no Estado de Direito em que vige uma Constituição, a política produz o direito e o direito limita a política. A Constituição não exerce apenas uma função episódica de garantir trocas eventuais entre a política e o direito. O vínculo entre esses sistemas, assegurado pela Constituição, caracteriza-se por um mecanismo que “*possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as*”, ou, dito de outro modo, que garante a “*interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito*”²⁷⁰. A Constituição estabelece esse vínculo operacional permanente e dinâmico entre o direito e a política, possibilitando a influência recíproca entre ambos e potencializando as chances de aprendizado comum²⁷¹.

A Constituição alterou de forma radical o vínculo entre direito e política na medida em que o direito já não mais “*se apresenta simplesmente como mecanismo de justificação do poder ou como instrumento de dominação, mas também serve à delimitação e ao controle do poder*”²⁷². A capacidade que o direito passa a apresentar de limitação e controle do poder é que

²⁶⁸ Dieter Grimm lembra que a pergunta que as revoluções burguesas tiveram que responder estava em saber como a lei que emanava do processo político podia, ao mesmo tempo, vincular esse processo. Para Dieter Grimm, “[e]ste problema foi solucionado tomando-se a antiga ideia de hierarquia de normas (divina e secular) e reintroduzindo-a no direito positivo. Isso foi feito pela divisão do direito positivo em dois grupos diferentes: um que emanava ou era atribuído ao povo e regulava o governo, e um que emanava do governo e regulava o povo. O primeiro regulamentou a produção e aplicação do segundo. O direito tornou-se reflexivo. Isto pressupôs, no entanto, que o primeiro tinha primazia sobre o segundo. Os teóricos revolucionários tinham uma noção clara desta consequência na elaboração da Constituição” (GRIMM, Dieter. *A conquista do constitucionalismo e suas perspectivas em um mundo mudado*. Trad. de Cláudia Rentroia. Tratado de direito constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, v. 2, p. 56).

²⁶⁹ Esses vínculos momentâneos são chamados pela teoria dos sistemas sociais de Luhmann de acoplamento operativo. (V. NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul. In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 206).

²⁷⁰ NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul. In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 206.

²⁷¹ A teoria dos sistemas sociais de Luhmann denomina esse vínculo permanente de acoplamento estrutural, que constitui fundamentalmente mecanismo de interpretações concentradas e duradouras entre sistemas sociais. (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 37).

²⁷² NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul. In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 206.

permite compreender a razão pela qual a Constituição angaria uma verdadeira pretensão normativa. Não há dúvida de que o surgimento do constitucionalismo se liga à ideia de blindagem funcional do direito à invasão total da política. O contexto histórico do nascimento do Estado de Direito está intimamente relacionado à consolidação de um mecanismo jurídico de controle do poder político. Era a submissão do Estado ao direito que estava em jogo. Afinal, os “súditos” já se submetiam amplamente ao direito – sobretudo nas relações horizontais privadas (no Estado absolutista) e nas relações travadas entre as camadas inferiores da sociedade e o detentor do poder (nas sociedades pré-modernas) –, mesmo antes da virada constitucionalista pós-revolucionária.

A novidade da Constituição, segundo Dieter Grimm, “*reside no fato de que o poder estatal também se sujeita ao direito*”²⁷³. Essa foi a grande mudança operada pela ideia de Constituição. Antes dela, “*embora o Estado estivesse autorizado a definir juridicamente a conduta dos súditos a seu bel-prazer, ele próprio não estava sujeito a nenhuma vinculação jurídica*”²⁷⁴. O direito abandona a total opressão sofrida pela política no período das monarquias absolutistas e ganha autonomia para operar segundo seus próprios parâmetros de validade (lícito e ilícito de acordo com o sistema jurídico). A autonomia do direito em face da política depende da capacidade do direito de reagir, conforme seus próprios critérios e programas, à sobreposição negativa da política²⁷⁵. Isso significa dizer que a política provoca irritações e perturbações no direito, mas este mantém sua capacidade de traduzir todas essas influências políticas em códigos jurídicos: “*as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas*”²⁷⁶. Essa complementariedade se traduz, por um lado,

²⁷³ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 70.

²⁷⁴ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 69.

²⁷⁵ A esse respeito, Marcelo Neves explica que “o sistema jurídico assimila seletivamente, de acordo com os seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas (Luhmann 1990c; 1985), eis que depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico” (NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. *Lua Nova*, n. 37, 1996, p. 96).

²⁷⁶ NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul. In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 207.

pelo fato de que a política cria o direito, que não tem outra fonte que não o poder, e, por outro, pelo fato de que essas mesmas regras jurídicas têm a função de limitar o poder as criam²⁷⁷.

Se a modernidade buscava soluções para garantir a autonomia do direito em face da política, atualmente o constitucionalismo contemporâneo exige mais: além de evitar invasões totais da esfera política na jurídica, deve cuidar para que o contrário não aconteça, assim como aperfeiçoar a comunicação entre essas esferas, fortalecendo a autonomia de cada uma e, ao mesmo tempo, incrementando a capacidade de aprendizagem recíproca. Em outras palavras, deve garantir que o direito sobreviva à política e que a política sobreviva ao direito não pela estratégia do isolamento, mas pela abertura às influências recíprocas que animem tanto a política como o direito a realizarem de modo cooperativo os objetivos da Constituição.

2.2 Limites constitucionais do direito penal: a cultura do constitucionalismo no campo penal

A imposição de limites ao direito penal está na base do nascimento das Constituições modernas e configura a mais proeminente forma jurídica de contenção do arbítrio estatal²⁷⁸. Não à toa, a primeira onda do *constitucionalismo* se assenta, em boa medida, sobre a afirmação de limites ao poder estatal de aplicar sanções criminais²⁷⁹. O direito penal responde, desde o nascimento do Estado moderno, a princípios constitucionais que derivam de uma cultura político-jurídica baseada na limitação de todos os poderes estatais às normas constitucionais. Esse direito penal do Estado constitucional – limitado por normas jurídicas superiores que

²⁷⁷ Nas palavras de Hauriou, “o empreendimento é difícil e parece um jogo de azar, pois o direito deve impor-se a um poder que o cria e o sanciona” (HAURIOU, Maurice. *Principios del Derecho Público y Constitucional*. Granada: Editorial Comare, 2003).

²⁷⁸ A maior parte dos estudos de história do direito encontram na Magna Carta de 1215 a origem do habeas corpus e a primeira institucionalização da proteção estatal contra a prisão arbitrária. V, sobre o tema: MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007. 1 v, p 59 e ss.

²⁷⁹ A institucionalização da liberdade de ir e vir como direito fundamental aparece em todas as declarações de direitos que acompanharam as revoluções liberais e o nascimento do Estado moderno: Declarações de Direitos geradas pelas Revoluções Gloriosa, Francesa e Americana (Bill of Rights: Inglaterra, 1689; Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: França, 1789; Declaração de Direitos da Virgínia e as dez primeiras emendas à Constituição dos EUA, 1787 e 1791). Foi a “filosofia penal do iluminismo” a responsável pela formulação das ideias que estão na base da exigência de proporcionalidade das leis penais. Essa tradição iluminista desenvolveu condicionar a justificação das proibições e castigos penais à sua utilidade para prevenir aquelas condutas humanas que ofendem mais gravemente ou representam perigos concretos para a liberdade alheia, à sua necessidade, que se apresenta diante do reconhecimento de que não se pode alcançar o mesmo fim por meio de intervenções menos drásticas, e, por fim, à comprovação de que os males que se evitam sejam maiores que os que se causam com tais proibições e castigos. V. PRIETO SANCHÍS, Luis. *La filosofía penal de la ilustración*. Talplan, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

encarnam a proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal – derivou das revoluções liberais²⁸⁰ e se desenvolveu progressivamente até a formulação de grandes consensos internacionais acerca das bases normativas do direito penal²⁸¹. O direito penal do iluminismo teve como pretensão central a redução da violência estatal por meio do emprego da forma jurídica²⁸².

O nascimento do Estado moderno na Europa continental, associado à ascensão do absolutismo, originou, em um primeiro momento, um direito penal como instrumento tendencialmente ilimitado de submissão dos súditos. Foi a “época do terror penal”, consequência da atribuição à pena de uma função de prevenção geral sem limites. Foi contra esse modelo de política criminal do antigo regime que Beccaria, em seu clássico *“Dos delitos e das penas”*²⁸³, lançou as bases de um direito penal liberal, fundamentalmente limitado por garantias individuais indisponíveis e pelo princípio da lesividade²⁸⁴, hierarquicamente superiores aos poderes constituídos²⁸⁵. Há, portanto, uma forte conexão entre o direito penal

²⁸⁰ A bases do direito penal moderno se assentam “sobre a herança do Iluminismo e se apresenta na atualidade como a condensação de diferentes correntes intelectuais de signos opostos que foram sendo superpostas ao largo de seu desenvolvimento” (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 42).

²⁸¹ A comprovação desta assertiva se faz pela simples consulta à parte geral dos mais diversos manuais de direito penal. V, por todos, MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general*. 7a ed. Valencia, Tirant, 2007. Para uma leitura diversa, defendendo que não houve propriamente uma refundação do direito penal a partir das revoluções liberais francesa e norte-americana, v. Markus Dubber: “This way of proceeding is not unfamiliar in American legal and political discourse, as the United States, like France, continues to view itself in light of a certain foundational moment, or moments (depending on what significance is attributed to the Civil War). The difficulty with this approach is not so much formal, or methodological, as substantive. The common foundational moment in American legal and political history—signified by the Revolution, the Declaration of Independence, and the U.S. Constitution (including the original Bill of Rights)—did not concern itself with the foundations of criminal law as a manifestation of the state’s power to punish. The common foundation of “American criminal law” thus is an absence, which is to say two things: first, that there was no foundational moment of American criminal law as such and, second and related, that the foundations of American criminal law, such as they are, precede the foundations of American law and politics. Few doubt, at least in the United States, that the late eighteenth century generated a new, distinctly American, ideal of government, a new political science and, less clearly, a new concept of law, or at least of the significance of law (Thomas Paine’s “THE LAW IS KING!”), however ill-defined the concept of law remained. It did not, however, produce a new ideal of criminal law” (DUBBER, Markus D., *Foundations of State Punishment in Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law*, (Oct. 2, 2009). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1485582>>. Acesso em 10 jan. 2018).

²⁸² LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 216. A primeira edição da obra é de 1764.

²⁸³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini et al. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

²⁸⁴ O pensamento iluminista introduziu com clareza o princípio da lesividade como um critério legitimador da intervenção penal. V. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.179-209.

²⁸⁵ Sobre a relação entre o surgimento do Estado liberal e o direito penal contemporâneo, V. MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Iustel: Madrid, 2011, p. 14 e ss.

liberal e o *constitucionalismo* moderno: a juridicização do poder punitivo (garantia do direito de liberdade) inaugurou a doutrina moderna do poder limitado e com isso deu vazão ao modelo constitucional de direito, é dizer, a um paradigma de direito como sistema de limites e vínculos ao poder estatal capaz de ser ampliado a todos os direitos fundamentais²⁸⁶.

Essa juridicização do direito penal, fruto do iluminismo e do constitucionalismo moderno, não se tratou, como assinalou Massimo Donini, de mera novidade estética, mas de uma transformação genética e metodológica de todo o velho campo penal²⁸⁷. O direito penal, nesse novo contexto, já não poderia ser pensado como um produto natural, nem somente como um sistema de regras criadas livremente pela política majoritária, e tampouco como produto da tradição²⁸⁸. A ideia de um direito penal limitado por normas jurídicas foi uma verdadeira revolução nesse campo em que historicamente predominou o arbítrio e o autoritarismo.

O substrato teórico no qual se baseiam as concepções de Estado constitucional de direito – e mais recentemente do princípio da proporcionalidade – segundo o qual a restrição à liberdade somente pode ser justificada pela necessidade de proteger outros direitos e bens jurídicos relevantes foi um legado da filosofia penal do iluminismo. A proibição do uso arbitrário do poder estatal atualmente contida no princípio da proporcionalidade recebeu o primeiro tratamento dogmático denso por parte da doutrina penal do iluminismo. Como destacaram Luigi Ferrajoli e Luis Pietro Sanchís, foi a filosofia penal iluminista que formulou a ideia de que as proibições penais e seus castigos deveriam estar condicionadas à demonstração da sua *utilidade* (para prevenir aquelas condutas que ofendem mais gravemente ou representam perigos concretos para a liberdade alheia), da sua *necessidade* (o mesmo fim não seja alcançado por outra intervenção menos drástica) e, por fim, de que *os males que se evitam sejam maiores que os quais se causam por tais proibições e castigos*²⁸⁹. Essas premissas filosóficas

²⁸⁶ V., por todos, FIORAVANTI, Maurizio. Los Derechos Fundamentales – Apuntes de la Historia de las Constituciones. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

²⁸⁷ DONINI Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 62.

²⁸⁸ DONINI Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 62.

²⁸⁹ V. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, In: CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; SANCHÍS, Luis Prieto. *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Aportación a su estudio. Anuario de Derechos Humanos (03). Madrid: Universidad Complutense, 1985.

correspondem, em grande medida, ao conteúdo normativo atualmente atribuído ao princípio da proporcionalidade.

A relação entre Constituição e direito penal é também marcada por ambiguidades e antagonismos, típicos de textos constitucionais abertos, plurais e compromissórios. As Constituições contemporâneas, de que é exemplo a Constituição brasileira de 1988, contêm regras de limitação e contenção do poder punitivo, mas as associa a compromissos de reafirmação da legitimidade do direito penal, e, às vezes, até mesmo a promessas de endurecimento das penas. Por isso, é possível dizer que a conexão entre Constituição e direito penal é também de tensão permanente. *Por um lado*, a Constituição oferece os fundamentos normativos para a intervenção legislativa na esfera penal. *Por outro lado*, é também a Constituição que impõe os limites jurídicos à criação de leis penais. A Constituição deve funcionar, simultaneamente, como fonte de legitimação e de limitação da criação de leis penais²⁹⁰ (bem como de todos os poderes estatais). E é assim porque a Constituição deve ser apta a impor limites ao legislador, especialmente quando sua atividade restringe direitos fundamentais de grande relevância constitucional, como se dá no campo penal.

A criação de barreiras normativas à punição criminal dos indivíduos constitui expressão das principais características do Estado de Direito²⁹¹: (i) imposição de limites jurídicos (direitos fundamentais) ao exercício do poder estatal (em especial ao poder punitivo estatal manifestado pelo direito penal); (ii) exigência de legitimação democrática (reserva legal) das opções estatais de proibição de condutas (criação de normas penais primárias) e imposição de sanções criminais pelo descumprimento dessas proibições (veiculadas por normas penais secundárias); (iii) exigência de que a eleição das condutas proibidas pela norma penal (imposição de restrições à liberdade geral dos indivíduos) constitua meio proporcional de proteção de direitos e interesses constitucionalmente protegidos; (iv) necessidade de justificação racional (garantia de direitos fundamentais de terceiros e proteção de interesses constitucionalmente relevantes) para imposição de sanções criminais (que resultam em restrições graves a direitos fundamentais

²⁹⁰ V., nesse sentido, ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. e notas de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p. 55 e ss.; BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato. Scritti di Diritto Penale*. Vol. I, Tomo I. Milán: Giuffrè, 1997, p. 539 e ss.

²⁹¹ TROPER, Michel. Le concept d'État de droit. In: *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF, 2001; ROSENFELD, Michel, The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 36, 2001; FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1977.

do réu); (iv) contenção do arbítrio estatal na imposição de sanções penais (proibição do abuso de poder punitivo); e (v) necessidade de garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal (direito ao processo justo) e do condenado no momento da execução da sanção criminal imposta (respeito à dignidade humana no cumprimento das penas).

Se é certo que a Constituição impõe limites à criação de normas penais pelo legislador, menos consensual se mostra a delimitação precisa desses limites no momento do exercício concreto da função de controle da constitucionalidade das leis penais. É necessário considerar que a imposição de limites constitucionais à criação legislativa em matéria penal deve se harmonizar com o princípio democrático, que reconhece ao Congresso Nacional a competência para delinear a política criminal nacional e, assim, fazer escolhas substanciais sobre as condutas que o direito penal deve coibir e sobre as respectivas penas a serem cominadas às infrações a essas normas. A busca pelo equilíbrio entre os valores do *constitucionalismo* e da *democracia* no âmbito do direito penal constitui tarefa permanente, que se exerce à luz da necessidade de garantir direitos fundamentais e de respeitar a especial legitimidade democrática das escolhas de política criminal feitas pelo legislador.

A relação entre direito (constitucionalismo) e política (democracia) no campo penal tem sido marcada por dificuldades enfrentadas pelo primeiro para impor limites efetivos ao segundo. *Em primeiro lugar*, ao menos no Brasil, a Constituição estabelece critérios procedimentais pouco rigorosos para a criação de leis penais. *Em segundo lugar*, a elevada deferência da jurisdição constitucional ao legislador criminal tem produzido um cenário de liberdade excessiva do Congresso Nacional nesse setor. De fato, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado parâmetros de deferência mais rigorosos no controle de constitucionalidade das leis em geral do que no controle de constitucionalidade de leis penais. Isso tem colocado em xeque a capacidade da jurisdição constitucional de garantir a efetividade dos direitos fundamentais em face do legislador criminal. *Em terceiro lugar*, a importância do discurso punitivista para o sucesso das candidaturas eleitorais e um certo sentimento de autopreservação dos parlamentares – muitos dos quais estão sendo atualmente investigados pela Procuradoria-Geral da República²⁹² – contribuem para o aprofundamento de um sistema seletivo e ineficaz de justiça criminal.

²⁹² Sobre o tema, o Ministro Luís Roberto Barroso e Aline Osorio afirmaram: “Em 2017, este papel excepcional, relativo ao exercício da jurisdição criminal, se sobrepôs, em relevância e visibilidade, à pauta típica, ligada ao exercício da jurisdição constitucional. Considerado o arranjo institucional que prevê o foro privilegiado, bem como

A atuação insuficiente da jurisdição constitucional na limitação do direito penal tem, contudo, produzido graves consequências no Brasil. Consolidou-se, entre nós, uma cultura de absoluta tolerância às violações a direitos fundamentais praticadas pelo Estado no campo penal. É verdade que as condições materiais de vida das pessoas condicionam, em grande medida, o grau de proteção estatal aos direitos fundamentais²⁹³. Como já referiu Friedrich Müller, exclusão social e democracia – em sua versão substancial, ligada ao respeito aos direitos fundamentais – são incompatíveis entre si: a primeira exclui a segunda²⁹⁴. Em um país como o Brasil, em que a pobreza e a miséria ainda atingem considerável parcela da sociedade, não causa surpresa que um conjunto importante de direitos fundamentais (educação, saúde, saneamento básico, segurança, entre tantos outros) seja sistematicamente desprezado pelo Estado, que não consegue prover as condições mínimas de subsistência digna a um número relevante de pessoas. Ainda assim, causa perplexidade a naturalização – e ampla aceitação – das violações aos direitos fundamentais na seara criminal. Afinal, tais violações se operam quando o indivíduo está inserido em uma relação de especial sujeição à vigilância estatal: os presos encontram-se sob a custódia do poder público. O Estado impõe, por meio do direito penal, as mais graves sanções aos indivíduos sob a premissa – filosófica e normativa – de que seja capaz de garantir seus direitos fundamentais básicos. Quando essa equação é rompida – as leis e práticas penais deixam de se compatibilizar com a Constituição – as bases do Estado de Direito são gravemente fragilizadas.

A trajetória da construção e desenvolvimento dos direitos fundamentais em matéria penal está intimamente associada ao nascimento e consolidação do próprio constitucionalismo. O Estado constitucional de direito propôs, pela primeira vez, a contenção do poder punitivo do Estado – manifestado pela competência legislativa do Parlamento – por normas jurídicas

a existência de cerca de 550 processos criminais em curso no STF, entre inquéritos e ações penais, é compreensível que assim seja no momento atual, de revelação da corrupção estrutural e sistêmica no país, e da tentativa de combatê-la” (BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline Rezende Peres. O Supremo Tribunal Federal em 2017: a república que ainda não foi. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2017-parte.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018).

²⁹³ Sobre a relação entre a proteção de direitos e a questão orçamentária, com análise de um amplo conjunto de dados e com propostas de releitura do sistema orçamentário brasileiro, V. MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil – Devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2010.

²⁹⁴ MÜLLER, Friedrich. A democracia em face da exclusão social, In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 111-129.

superiores de proteção aos indivíduos. A limitação imposta ao legislador pela Constituição inaugurou, ao menos no plano teórico, uma inovadora relação entre política e direito, que objetivava modificar a estrutura do poder punitivo estatal. Pretendia-se afirmar a necessidade de proteção dos direitos fundamentais em face do Estado, inclusive – e especialmente – no campo do direito penal. Como destacou Rodrigo Brandão, *“desde o surgimento do primeiro direito fundamental – a proteção contra a prisão arbitrária –, afigura-se patente a relevância da existência de um órgão estatal responsável por zelar, com independência, pela sua salvaguarda, notadamente em face da ação lesiva dos demais departamentos estatais, cumprindo ressaltar que, historicamente, coube aos tribunais tal função”*²⁹⁵. As revoluções francesa e americana defendiam essa bandeira e abriram espaço para o nascimento do direito penal contemporâneo: a fundação do Estado de direito está indissociavelmente ligado à ideia de limitação jurídica do poder punitivo estatal²⁹⁶.

O percurso histórico do constitucionalismo oferece as bases teóricas e filosóficas para pensar a relação entre política (criminal) e direito (direitos e garantias fundamentais). De fato, o nascimento do Estado moderno (Estado Constitucional de Direito) está associado à construção da noção de condicionamento de todos os poderes estatais a um estatuto político-jurídico superior, formulado democraticamente para limitar as maiorias “tirânicas” do futuro, proteger o direito das minorias e impedir o arbítrio estatal na relação com os indivíduos²⁹⁷. De lá para cá, consolidou-se a ideia de que a Constituição impõe limites jurídicos à produção normativa dos órgãos representativos – cuja atividade passa a ser controlada procedimental e substancialmente pela jurisdição constitucional –, Tribunais e Cortes constitucionais expandiram drasticamente sua atuação (chegando a serem acusadas de atuarem contra o princípio democrático) e, atualmente, a maioria dos países democráticos tenta conciliar a jurisdição constitucional (e a defesa de direitos fundamentais) com o regular funcionamento dos órgãos representativos eleitos (democracia).

²⁹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. As culturas liberal e democrática de proteção dos direitos individuais no constitucionalismo clássico: uma breve análise dos modelos britânico, francês e norte-americano. In: *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, v. 6, n. 22, p. 25-73, jul./set. 2008.

²⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Iustel: Madrid, 2011, p. 16.

²⁹⁷ Nas palavras do Ministro Celso de Mello, “a regra inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental, garantidora do direito ao processo e à tutela jurisdicional, constitui o parágrafo régio do Estado Democrático de Direito, pois, onde inexistir a possibilidade do amparo judicial, haverá, sempre, a realidade opressiva e intolerável do arbítrio do Estado ou dos excessos de particulares, quando transgridam, injustamente, os direitos de qualquer pessoa” (STF, Rcl 6534 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 25.09.2008).

Essa trajetória não se desenvolveu de forma linear e tampouco coerente no campo do direito penal. Não há dúvida de que o direito penal liberal ou clássico tem suas bases construídas precisamente sobre o ideal do constitucionalismo. Esse direito penal liberal (pretensamente limitado por princípios constitucionais de proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal) só teve condições de se desenvolver a partir da revolucionária ideia de que o Estado se submeteria ao direito. A possibilidade de produção de direito penal ilegítimo (existente, mas inválido) é uma inovação do constitucionalismo moderno. Entretanto, como se pretende demonstrar mais adiante, o direito penal tem se distanciado progressivamente do ideal constitucionalista. Uma das principais crises do constitucionalismo contemporâneo está associado à institucionalização de mecanismos ilegítimos de repressão penal.

A Constituição brasileira tem oferecido poucas garantias à satisfação de direitos fundamentais em face do legislador criminal e da atividade desempenhada pelos juízes e tribunais criminais. Esse descompasso põe em relevo a dificuldade de revitalizar o valor do constitucionalismo no direito penal. É amplamente conhecida a ideia – defendida pela tradição do *constitucionalismo garantista* – de que o grau civilizatório de um país se mede pelo modo como o Estado garante os direitos fundamentais em matéria penal: diga-me que direito penal tem um país e te direi o seu grau de democracia (em sentido substancial)²⁹⁸. Se isso for verdade, em que posição está o Brasil na proteção de direitos fundamentais nesse sensível setor do direito punitivo estatal? Em que medida nos afastamos do ideal constitucionalista no campo penal? O paradigma inaugurado pelo constitucionalismo moderno – que instaura e procura institucionalizar um sistema de limites e vínculos jurídicos que limitam substancialmente o poder de punir do estado – continua em grande parte desprovido de atuação no campo penal. Portanto, a reafirmação da capacidade da Constituição e da jurisdição constitucional de impor barreiras ao funcionamento do sistema de justiça criminal constitui exigência atual de sobrevivência do Estado de Direito e da democracia²⁹⁹.

²⁹⁸ Ferrajoli chega a defender que a finalidade do Estado de direito é, precisamente conter e limitar o punitivo. V. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. No mesmo sentido, Jorge Figueiredo Dias: “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu” (DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, 1º vol., Coimbra: Ed. Almedina, 1974, p. 428). E, ainda, Nelson Mandela: “Uma nação não pode ser julgada pela maneira como trata seus cidadãos mais ilustres e sim pelo tratamento dado aos mais marginalizados: os presos”

²⁹⁹ O constitucionalismo, nessa perspectiva garantista, indica uma dupla função da Constituição no estado de direito: no plano formal, se trata de subordinar os poderes públicos às leis gerais e abstratas que disciplinam seu exercício; no plano substancial, impõe a necessidade de funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço

A autonomia que o constitucionalismo oferece aos sistemas jurídico e político não implica isolamento. Pelo contrário, a capacidade da Constituição para dar respostas adequadas à sociedade plural e multicêntrica depende em grande medida da aptidão que o direito e a política apresentam de se influenciarem reciprocamente em uma relação horizontal de cooperação. As normas constitucionais oferecem algumas formas típicas de reingresso da política no direito: (i) produção de leis de acordo com o procedimento legislativo e (ii) realização de reformas constitucionais limitadas temporal, formal e substancialmente pela própria Constituição. Esses são modelos típicos de ingresso da política no direito. O direito limita o poder político – na medida em que os atos por ele produzidos estão sujeitos ao crivo da validade jurídica –, mas este reingressa no direito por meio da produção de normas jurídicas (legais e constitucionais). Há aqui uma relação de complementariedade e de tensão³⁰⁰. A essa altura, convém questionar, no âmbito do direito penal, tanto os limites que o direito impõe à política quanto os limites do reingresso da política no direito.

É possível supor que o amplo espectro de violações aos direitos fundamentais no campo penal revele uma baixa capacidade do direito de impor limites à política criminal, que se desenvolve, em regra, sem constrangimentos jurídicos relevantes (formais e substanciais). A prevalência apriorística do aspecto formal do princípio democrático (encarnado pelo legislador) em detrimento do controle judicial da constitucionalidade (notadamente sob a ótica da garantia dos direitos fundamentais) das normas penais tem produzido, paradoxalmente, resultados que fragilizam a democracia brasileira. Os impactos da normalização de graves violações aos direitos fundamentais (processuais e materiais) no campo penal no funcionamento da democracia têm sido subestimados pelo direito constitucional contemporâneo.

da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. V., para uma visão completa sobre o tema, FERRAJOLLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2a edición (M. Carbonell, editor). Madrid: Trotta, 2010.

³⁰⁰ Daniel Sarmiento e Cláudio Souza Neto afirmam que a relação entre jurisdição constitucional envolve uma tensão sinérgica: “Há sinergia, porque o exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, como as regras equânimes do jogo político e os direitos fundamentais (...). Mas há também uma tensão potencial entre jurisdição constitucional e democracia. Se a imposição de limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: A questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 137).

Não há dúvida de que a institucionalização de um direito penal que opera à margem da ordem constitucional – em um ambiente em que até mesmo patentes violações à dignidade humana são autorizadas pelo STF³⁰¹ – constitui a negação das bases da democracia. *Primeiro*, porque a garantia dos direitos fundamentais básicos constitui pressuposto de funcionamento da democracia. As pessoas não são tratadas com igual consideração e respeito se o funcionamento do sistema de justiça criminal não se mostra apto oferecer tratamento digno aos indivíduos que respondem pela prática de um crime ou recebem penas criminais.

Segundo, porque a progressiva exclusão social, política e econômica dos sujeitos que ingressam no sistema penitenciário – e todas as nefastas consequências que essa exclusão gera no aumento da violência – contraria a expectativa de que o Estado deve aperfeiçoar progressivamente as condições de cooperação democrática entre os indivíduos³⁰². Como

³⁰¹ A timidez do resultado do julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, que, apesar de reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, determinou apenas a realização das audiências de custódia (que já vinham sendo implementadas paulatinamente) e a liberação de recursos do Fundo Penitenciário (que até hoje não saiu do papel) fica cada vez mais clara com o passar dos dias. A situação do sistema penitenciário tem piorado dramaticamente desde a decisão cautelar referida. O maior déficit da decisão do STF consiste em negar que, em grande medida, a magistratura é responsável pelo atual estado de coisas do sistema penitenciário. Com isso, negou todas as medidas cautelares que tinham por objetivo limitar ou dirigir a atuação dos juízes criminais e de execução penal, como bem ressaltado em artigo de Rubens Glezer e Eloísa Machado: “A decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal sobre a ilicitude e indignidade estrutural do sistema penitenciário brasileiro foi uma grande decepção. (...) Ao longo de todo o julgamento foram realizadas assertivas fortes por todos os ministros, com apelos ao Estado Democrático de Direito, à Dignidade Humana e à situação de tortura a que são submetidos os presos em todo o Brasil. Porém, ao final, as cautelares deferidas dizem respeito apenas às audiências de custódia e ao descontingenciamento das verbas do FUNPEN. Nenhuma destas medidas é realmente nova: as audiências de custódia já estavam em processo de implementação pelos tribunais estaduais e as verbas do FUNPEN sofrem mais com a ausência de projetos articulados do que com efetivo contingenciamento. A decisão inova ao estabelecer um prazo máximo de 90 dias para a realização de audiências de custódia e a mobilização das verbas do FUNPEN. Apenas um pouco de “cumpra-se a lei” em pontos laterais para a solução do desastre que é o sistema penitenciário brasileiro. Avançam, mas muito pouco. Entretanto, não foi acatada nenhuma medida cautelar voltada a lidar com as decisões judiciais de encarceramento, parte crucial do problema. Ministros como Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – ambos com experiência significativa na presidência do CNJ – reconhecem na cultura punitiva do Judiciário a fonte primordial para a crescente superpopulação carcerária e, conseqüentemente, para o “Estado de coisas inconstitucional”. Esse diagnóstico serviu de subsídio para outras falas assertivas, como a do Ministro Luiz Fux, de que o STF deveria dar diretrizes enfáticas aos demais magistrados do sistema Judiciário. Estas falas, porém, estão desacompanhadas de autoridade. Os ministros, ao se negarem de criar ou fazer valer qualquer mecanismo de controle sobre a atividade dos juízes, como a Reclamação direto ao tribunal ou a possibilidade de apreciar as liminares contra liminares negadas em habeas corpus, transformaram uma decisão judicial em um mero aconselhamento. Em síntese, o Supremo reconhece que o Judiciário é parte do problema. Mas, ao não adotar medidas mais severas para a reversão das decisões de aprisionamento provisório, não faz parte da solução. Ao deferir algumas cautelares sem conceder nenhuma daquelas dirigidas aos juízes, o potencial de mudança estrutural da decisão foi anulado. O Ministro Marco Aurélio alertou o Tribunal de que a decisão estaria esvaziada, sem sorte. Se algo mudou, foi o fato de que o STF perdeu a chance de criar seu próprio grande precedente de direitos humanos” (GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. *Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional: Por que a decisão do Supremo na ADPF 347 não alterará o quadro do sistema carcerário?* Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015>>. Acesso em: 29 jan. 2018).

³⁰² Cláudio Souza Neto sintetizou o sentido da expressão condições de funcionamento da democracia nos seguintes termos: “As condições que possibilitam a instauração de um contexto adequado para a cooperação democrática

afirmou James Foreman, há um déficit de democracia na interseção intransigente de raça, classe e crime³⁰³. Se é certo que os direitos fundamentais são, definitivamente, condições para a cooperação democrática³⁰⁴, é possível afirmar que o modo de funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro tem produzido grave e profunda erosão ao princípio democrático. *Por fim*, não há democracia que se sustente na escancarada e persistente diferença de tratamento que o Estado pratica no campo penal em razão das condições sociais, econômicas e raciais dos investigados e réus. O princípio da igualdade definitivamente não criou raízes no sistema de justiça criminal brasileiro.

O nível atual de desenvolvimento do direito constitucional é incompatível com o modo real de funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro. Os fundamentos teóricos e filosóficos do constitucionalismo e da jurisdição constitucional – tais como o estado da arte do direito constitucional contemporâneo os permite enxergar – deveriam resultar em uma intensificação do controle jurídico-constitucional da política criminal e das práticas penais. Há clara deficiência no diagnóstico da extensão e profundidade dos déficits de constitucionalização do direito penal e na construção de soluções dogmática e institucionalmente adequadas para a superação desses déficits. É necessário construir, a partir do direito constitucional, uma nova forma de relacionamento entre direito e política no campo penal. A reativação do constitucionalismo e da efetiva proteção aos direitos fundamentais – em parte impulsionada por uma postura mais proativa da jurisdição constitucional – deve ser capaz de impor limites ao legislador penal, que, por sua vez, deve ter sua capacidade deliberativa reconstruída e energizada.

são, por esse motivo, elementos constitutivos da democracia deliberativa, compondo o seu núcleo essencial. O conceito que norteia a concepção democrático-deliberativa aqui defendida é o de ‘condições para a cooperação na deliberação democrática’ (...). As condições procedimentais da democracia têm como papel estabelecer um contexto propício à prevalência de ações comunicativas, i.e., propício à busca cooperativa do entendimento. Por essa razão, é de se pressupor que a noção de ‘condições procedimentais da democracia’, tal como formulada por Habermas, abarque também direitos cujo respeito seja fundamental para o sentimento de pertencimento à comunidade política em um contexto de pluralismo; direitos sem os quais diversas parcelas do demos não se veriam motivadas a cooperar” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática* in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8-9).

³⁰³ V. FORMAN, James Jr., Racial Critiques of Mass Incarceration: Beyond the New Jim Crow, *New York University Law Review*, vol. 87, 2012, p. 21.

³⁰⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa* – Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Esse novo equilíbrio dinâmico entre política e direito no campo penal envolve uma inescusável tensão entre as ideias de Estado de direito e de democracia. À Constituição incumbe, ao mesmo tempo, imunizar o direito contra a ação parasitária da política e proteger a política contra a ação parasitária do direito. É dizer, impedir o excesso de democracia em face do constitucionalismo e o excesso de constitucionalismo em face da democracia. A aposta na capacidade de uma relação horizontal entre direito e política se baseia na ideia de que, embora a tensão entre essas esferas nunca desapareça (senão desapareceria o próprio constitucionalismo), é possível crer que o entrelaçamento entre direito e política possa contribuir para um projeto duradouro de fortalecimento do constitucionalismo e da democracia³⁰⁵. Essa aposta deve ser convertida em experiência concreta no campo do direito penal, sob pena de que a persistência de uma cultura de tolerância à sistemática violação de direitos fundamentais pelo sistema de justiça criminal coloque em risco o projeto constitucional de consolidação da democracia.

2.3 O Direito penal na Constituição de 1988: pluralismo constitucional no campo penal (avanços e retrocessos no processo constituinte)

É verdade que a primeira onda do constitucionalismo moderno se fundamenta, em grande medida, na tentativa de impor limites – ora políticos (constitucionalismo francês) e ora jurídicos (constitucionalismo americano)³⁰⁶ – ao poder estatal de aplicar sanções criminais.

³⁰⁵ Nesse sentido, a síntese de Rodrigo Brandão, para quem a jurisdição constitucional, sem sobrepor o direito à política, pode desempenhar importante função relevante para a consolidação da democracia: “Sem dúvida que o reconhecimento por teorias empíricas de que o Judiciário não pode desempenhar uma postura messiânica de Guardião da Constituição – acima e para além da política e da opinião pública – deve levar a uma redução de expectativas quanto ao efetivo papel desempenhado pelo controle de constitucionalidade em uma democracia constitucional. Nada obstante, subsiste ao Judiciário uma função politicamente relevante. Já se salientou que o apoio difuso à independência judicial, que costuma existir em boa medida nas democracias constitucionais contemporâneas, garante-lhe um estoque de decisões contramajoritárias. Nesta esteira, o reconhecimento da influência da opinião pública sobre o controle de constitucionalidade não se incompatibiliza, antes estimula, a concepção de teorias prescritivas que se destinem a incitar o Judiciário a empregar a sua ‘cota de decisões contramajoritárias’ para a tutela de direitos de minorias estigmatizadas, colocando-se à frente da opinião pública, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos o fez no caso *Brown v. Board of Education*” (BRANDÃO, Rodrigo. Diálogos Constitucionais nos Estados Unidos e no Brasil. *RJLB*, Ano 1, n. 4, 2015, p. 1489).

³⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: Trajetória Histórica e Dilemas Contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais- Estudos em Homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodium, 2012, v. 1, p. 96-101. Mais precisamente, o constitucionalismo moderno se apresentou em três diferentes experiências institucionais: a inglesa (marcada pela limitação dos poderes do rei e pela consagração de direitos em face do poder político), a francesa (caracterizada pelo rompimento com o antigo regime) e o americano (que, diferentemente do que sucedeu na França, tinha como pretensão a separação definitiva da Inglaterra, o que ocorreu definitivamente com a Declaração de Independência em 1776 e, mais tarde, com a ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América em 1788. V., sobre a trajetória moderna no constitucionalismo, FIORAVANTI,

Como visto, a história do constitucionalismo retrata que, desde o nascimento do Estado moderno, recaiu sobre o direito penal a expectativa de realização de uma revolução institucional recém-inaugurada de limitação e contenção do poder político pela Constituição. Não se pretendia ancorar nas Constituições que resultaram das revoluções liberais o fundamento político-jurídico de ampliação e legitimação do direito penal. Pelo contrário, a Constituição era capturada como um conjunto de pretensões de racionalização e limitação do poder de punir do Estado, por meio da afirmação dos direitos e garantias individuais contra o arbítrio estatal. Essa visão faz parte do conhecimento convencional sobre o surgimento e consolidação do constitucionalismo moderno no continente europeu e nos Estados Unidos da América, tendo chegado ao Brasil com a promulgação da Constituição de 1824³⁰⁷.

Com diferentes percepções sobre a capacidade de imposição de limitações jurídico-normativas pelas Constituições ao direito penal criado pelo legislador, as mais diversas tradições constitucionais passaram a proclamar a existência de direitos fundamentais dos indivíduos em oposição ao até então ilimitado direito punitivo penal da pré-modernidade. O reequilíbrio entre a política e o direito inaugurado pelo nascimento dos Estados constitucionais de direito resultava, no campo do direito penal, na afirmação de dois princípios liberais básicos: (i) o ingresso da política no direito se deveria realizar pelo método democrático; e (ii) o direito, por meio da afirmação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, imporia limites à atividade política de escolher quando e como aplicar sanções criminais.

Essa simplificação da função desempenhada pelas Constituições no campo do direito penal chega aos dias atuais como um axioma, um mantra, que, irrefletidamente, reduz

Maurizio. *Constitución: de antigüedad a nuestros días*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

³⁰⁷ Para um retrato da influência das ideias liberais nas normas constitucionais de 1824 que tocavam o direito penal, Fabio Romeu Canton Filho afirmou o seguinte: “A Constituição de 1824, de caráter muito mais liberal, estabeleceu limites que seriam observados pelo Código Criminal do Império. (...) Nesse sentido, a Constituição de 1824, seguindo as ideias liberais da época, consignou, em seu art. 179, os direitos e as garantias individuais que serviriam de norte para o Código Criminal do Império. O inciso 2o do referido artigo assim dispunha que “Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”, consubstanciando o princípio da utilidade pública da pena. O inciso 3o estabelecia que “A sua disposição não terá efeito retroactivo”, numa clara adoção do princípio da irretroatividade da lei penal, o que representava uma das essenciais garantias à liberdade dos cidadãos. Outros incisos do mesmo art. 179 traziam orientações que guardavam relação com o Direito Penal, tais como a proibição de perseguição dos cidadãos por motivos religiosos (inciso 5), o delineamento dos primeiros traços do princípio da culpabilidade e duração razoável do processo em caso de prisão em flagrante (inciso 7), o direito à prestação de fiança (inciso 9), à decretação de prisão somente por ordem escrita da autoridade legítima (inciso 10). Os incisos do mesmo artigo dispunham ainda a necessidade da sentença proferida por autoridade competente, o princípio da igualdade, a abolição das penas cruéis, o caráter personalíssimo da pena, e as mínimas condições de vida dos presídios” (CANTON FILHO, Fábio, *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 44).

drasticamente a complexidade da relação que as Constituições contemporâneas estabelecem com a seara penal. Compõe o senso comum teórico dos criminalistas brasileiros a ideia de que a Constituição de 1988, por representar a institucionalização do processo de redemocratização, tem uma inclinação libertária unívoca, vocacionada à progressiva minimização do direito penal e das penas de prisão³⁰⁸. É também bastante difundida na bibliografia nacional a noção de que o forte sistema de garantias individuais previstas na Constituição de 1988 sugeririam uma escolha, uma opção clara de institucionalizar um direito penal mínimo, fragmentário e subsidiário, cujas penas devem se orientar pela máxima da humanização e da progressiva ressocialização dos apenados³⁰⁹. Na síntese de Nilo Batista, que condensa essa visão sobre a relação entre constitucionalismo e direito penal, a Constituição funciona, particularmente, como um “controle negativo”³¹⁰.

É certo que essa síntese de vocação libertária é tentadora para qualquer observador capaz de compreender as profundas mazelas do sistema de justiça criminal brasileiro – como se defende neste trabalho, o campo penal no Brasil ainda não foi minimamente constitucionalizado sob a perspectiva de proteção de direitos fundamentais em face do poder punitivo. No entanto, uma reconstrução fiel do modo como o nosso processo constituinte decidiu normatizar o direito penal mostra que a Constituição, nesse campo, contém múltiplas vocações, sentidos e possibilidades. É uma Constituição aberta³¹¹, plural e compromissória que tenta conciliar

³⁰⁸ V., a propósito, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

³⁰⁹ Nesse sentido, Paulo Queiroz afirma: “Naturalmente que um direito penal assim concebido – um direito penal da Constituição – há de ser mínimo, garantista, instrumental e subsidiário da política social, e, em particular, da política de prevenção e controle da desviação, que deve ter como prioridade a integração social do homem e a realização de suas necessidades básicas (emprego, escola, saúde, lazer), em cujo contexto o direito penal, como parte de uma política de proteção integral dos direitos humanos, há de ocupar e desempenhar um papel bastante modesto. Direito penal mínimo, porque a vocação libertária do constituinte de 1988 é manifesta, conforme demonstra sua exaustiva declaração de direitos e garantias individuais (art. 5º), de sorte que, sendo a liberdade a regra e a não liberdade a exceção, medidas constritivas da liberdade, em especial as de caráter penal, devem constituir a exceção das exceções, é dizer, devem ser o último recurso de defesa da juridicidade. Garantista, porque, por maior que seja o interesse do Estado em castigar, o castigo só será legítimo quando respeitadas, formal e materialmente, as garantias penais e processuais do réu, sujeito que é de direito, e não simples objeto do direito penal. Instrumental, porque, não constituindo o direito penal um fim em si mesmo, mas um meio de proteção de bens jurídicos, sua intervenção só se justifica quando e se necessária para a consecução dos fins que lhe são assinalados. Por fim, subsidiário, porque sua atuação há de pressupor o fracasso de outras instâncias menos lesivas de controle social, com as quais deverá concorrer utilmente” (QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018)

³¹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 96.

³¹¹ Como sustenta Hesse, “as regulações da constituição não são nem completas nem perfeitas. Sem dúvida, numerosas questões da ordem estatal são normalizadas até em pormenores; mas âmbitos amplos, também tais da vida estatal em sentido restrito, são ordenados somente por determinações de amplitude material e indeterminação mais ou menos grande, alguns até de maneira nenhuma. A Constituição “não codifica, senão regula somente –

programas jurídico-penais tão diversos quanto, em certa medida, até mesmo contraditórios. A Constituição de 1988 não representou, em matéria penal, a cristalização de uma ideologia política única, resultando, ao contrário, do compromisso possível entre diversas forças políticas e grupos de interesse que se fizeram presentes na Assembleia Nacional Constituinte. O texto constitucional abrigou, portanto, preceitos relacionados ao direito penal inspirados em visões de mundo nem sempre convergentes³¹².

Como afirma Paulo Queiroz, “*se, por um lado, os princípios constituem limites à intervenção do Estado (função de garantia), por outro, funcionam como critério de justificação da intervenção penal (função legitimadora), razão pela qual tanto servem à legitimação quanto à deslegitimação do sistema penal*”³¹³. Esse caráter ambivalente da Constituição em relação ao direito penal pode ser constatado pelo fato de que ela, “*além de consagrar extensa lista de direitos e garantias individuais, prevê também mandados de criminalização e/ou penalização (art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; 7º, X; 29-A, §§ 2º e 3º; 225, § 4º) e impede a punição de certas condutas (art. 53), isto é, estabelece mandados de não criminalização ou não penalização*”³¹⁴.

A Constituição Federal de 1988 é produto de um processo constituinte descentralizado, criada em um contexto de transição democrática e em meio à reorganização das forças políticas no Brasil. Por essa razão, a Constituição criada aborda os mais diversos temas, positiva uma grande quantidade de direitos e provê as bases do funcionamento do Estado. Até mesmo em decorrência de sua origem pluralista, a Constituição brasileira é uma Constituição aberta, que se encontra permanentemente permeável a novos conteúdos, novos direitos e novos valores³¹⁵.

muitas vezes, mais pontual e só em traços fundamentais – aquilo que aparece como importante e carente de determinação; todo o resto é tacitamente pressuposto ou deixado a cargo da configuração ou concretização pela ordem jurídica restante”. A razão para essa abertura da constituição se deve ao fato de que “a vida, que ela quer ordenar, é uma vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. (...) Se a Constituição deve possibilitar a superação de uma da multiplicidade de situações problemáticas, que provavelmente advirão da história, então seu conteúdo deve ficar necessariamente ‘aberto para dentro do tempo’.” (HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 38-40).

³¹² V., sobre o caráter compromissório da Constituição de 1988: SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/788>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

³¹³ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

³¹⁴ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

³¹⁵ V., sobre o pluralismo que marcou a Assembleia Nacional Constituinte: SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/788>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

As suas disposições não esgotam a regulação do âmbito material sobre o qual incidem: demandam discussão e decisão, cujo protagonismo cabe ao Poder Legislativo, as quais devem, porém, se circunscrever às possibilidades interpretativas abertas pelo texto constitucional³¹⁶. Esse pluralismo que marcou o processo constituinte brasileiro traz importantes consequências para a disciplina constitucional do campo penal: a feição garantista e libertária da Constituição – não há dúvida de que o sistema de direitos fundamentais é o seu ponto alto – é constantemente pressionada pelas demandas de aumento do rigor penal em diversos setores. Uma síntese da atividade legislativa realizada na década de 80 do século passado e das influências e diretrizes que marcaram a Assembleia Nacional Constituinte pode tornar mais clara a visão sobre a complexidade da relação entre Constituição e direito penal no atual regime constitucional.

2.3.1 A legislação penal e os antecedentes da Assembleia Nacional Constituinte: os avanços da reforma do Código Penal de 1984 e da Lei de Execução Penal

O Código Penal de 1940 era fortemente centrado na pena privativa de liberdade³¹⁷. Somava-se a esse modelo legal de impulso ao encarceramento a inexistência de uma disciplina legal sobre a execução das penas³¹⁸. Não havia espaço no sistema legal para experiências alternativas. Uma exceção sempre lembrada pela literatura especializada foi a bem-sucedida instituição da prisão-albergue, criada em 1965 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que dava aos condenados a penas inferiores a três anos o direito a trabalhar fora do

³¹⁶ Ao criticar a panconstitucionalização do direito levada a cabo por certas correntes neoconstitucionalistas, Daniel Sarmento sintetiza com clareza a relação entre a liberdade de conformação do legislador e o princípio democrático: “Com efeito, quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático. Esta ordem de preocupações levou Ersnt Forsthof, na Alemanha, a criticar as teorias que viam a Constituição como uma espécie de “genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros” (...) Nenhuma destas duas questões é insuperável. É possível aceitar e aplaudir a constitucionalização do Direito - fenômeno em geral positivo, por aproximar a racionalidade emancipatória da Constituição do dia-a-dia das pessoas -, mas defender que ela seja temperada por outras preocupações igualmente essenciais no Estado Democrático de Direito, com a autonomia pública e privada dos cidadãos. Pode-se reconhecer a legitimidade da constitucionalização do Direito, mas numa medida em que não sacrifique em excesso à liberdade de conformação que, numa democracia, deve caber ao legislador para realizar opções políticas em nome do povo.” (SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. _____. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.” In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006).

³¹⁷ V. REALE JÚNIOR, Miguel. “Caminhos do direito penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 85. São Paulo: RT, 2010, p. 41-76; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*, Tomo III, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

³¹⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 1-8.

estabelecimento prisional durante o dia³¹⁹. Na década de 70, como bem sintetizou Luiz Guilherme Mendes de Paiva, as mais diversas correntes doutrinárias, com grande permeabilidade no legislativo, concordavam com o inevitável diagnóstico da falência do sistema penitenciário e defendiam, com diferentes perspectivas, soluções penais alternativas à prisão³²⁰. Como lembrou esse autor, diversos juristas que viriam a exercer papéis relevantes na produção legislativa subsequente formavam um grande consenso quanto ao fracasso da pena de prisão em relação aos seus fins proclamados³²¹ e quanto à necessidade de uma reforma jurídica que amenizasse a centralidade da pena de prisão e permitisse a humanização dos estabelecimentos prisionais³²².

Em 1979, com a posse de João Figueiredo na Presidência e a ascensão do projeto de redemocratização do país, as importantes contribuições acadêmicas produzidas na década de 70, com o viés crítico à centralidade da pena de prisão e preocupadas com o drama carcerário já vivenciado, resultaram na criação, em 1980, do Conselho Nacional da Política Penitenciária – CNPP, cujos objetivos eram, em síntese, humanizar o sistema penal, diminuir o número de presos, buscar alternativas à prisão e facilitar o processo de reintegração social dos egressos do sistema penitenciário³²³. As inúmeras contribuições trazidas pelo CNPP e o importante conjunto

³¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. “Caminhos do direito penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 85. São Paulo: RT, 2010, p. 45.

³²⁰ Em toda parte do mundo, passando pela França (Foucault), Estados Unidos (David Rothman), Nações Unidas (Prevention of Crime and the Treatment of Offenders – 1975), já havia um amplo consenso sobre a falência do sistema prisional. V., sobre o tema, FRAGOSO, Christiano Fragoso. *Autoritarismo e sistema penal*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, 2011, p. 283. Para uma visão sobre esse consenso no Brasil, confira-se: PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo Penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 77-88. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

³²¹ Esse consenso é bem representado pela síntese formulada por Bruno Ribeiro de que a prisão apresenta um custo alto de manutenção e não consegue reprimir a criminalidade, produzindo altos índices de reincidência e uma progressiva especialização para o crime. Assim, o cárcere atua como um fator criminógeno, desajustando o indivíduo da convivência social e tornando-o mais propenso à violência. V. RIBEIRO, Bruno de Moraes. O problema da função de reintegração social da pena privativa de liberdade: uma análise à luz dos efeitos do sistema social da prisão sobre o indivíduo. In: LIMA, Marcellus Polastri; RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coord.). *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33-36.

³²² PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo Penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 87 Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

³²³ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo Penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 87-89 Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

de iniciativas acadêmicas capitaneadas por prestigiados juristas demonstravam a necessidade de reduzir o encarceramento ao patamar mínimo necessário e a insuficiência de medidas voltadas exclusivamente a solucionar o problema da superlotação carcerária³²⁴. Todo esse arsenal crítico encontrou grande permeabilidade no Governo (CNPP e Ministério da Justiça) e resultou na apresentação conjunta dos anteprojetos de Parte Geral do Código penal e da Lei de Execução Penal³²⁵.

A reforma do Código de Penal de 1984 e a Lei de Execução Penal do mesmo ano estabeleciam um amplo programa de criação de alternativas ao cárcere, modernização do sistema penitenciário e reconhecimento de direitos aos detentos³²⁶. O Código Penal passou a contar com maior abertura para a aplicação de sanções não privativas de liberdade. E a Lei de Execução Penal estabeleceu, em seu art. 1º, que “*a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”, além de associar a essa concepção ressocializadora da pena uma perspectiva mais humanizada da pena, sobretudo ao estabelecer

³²⁴ Entre outros, podem ser citados Heleno Fragoso, Reale Júnior e René Ariel Dotti: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, 132p. FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Sistema do duplo binário: vida e morte”. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 32. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 5-21; REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983; DOTTI, René Ariel. “Os caminhos da Reforma e o Direito a constituir”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 15, n. 59. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 37-52; DOTTI, René Ariel. “Penas e medidas de segurança no anteprojeto de Código Penal”. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 32. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 46-69.

³²⁵ A Exposição de Motivos é clara no sentido da crítica à centralidade da prisão no sistema de justiça criminal: “26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena de cada vez maior do cárcere. Esta, filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade. 27. As críticas que em todos os países se têm feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multi-reincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulista da aptidão para o trabalho. 28. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma “procura mundial” de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

³²⁶ Para uma compreensão mais abrangente das reformas de 1984, v. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.481-488; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.66-78 (o autor presidiu as comissões legislativas que criaram os projetos de lei que originaram a reforma de 1984).

uma série de obrigações do Estado em relação ao detento³²⁷. Na síntese de Luiz Guilherme Mendes de Paiva, as linhas mestras desse processo reformador se estruturavam em 4 eixos: (i) a “*proposta de criação de estruturas especializadas nos estabelecimentos penais para individualização da execução*”; (ii) “*a preocupação com o entorno comunitário do condenado e de sua família*”; (iii) “*a ênfase em instrumentos de natureza claramente previdenciária, como o trabalho, saúde e educação vinculados à rede pública de assistência*”; e (iv) “*a forte concordância em torno dos danos causados pela pena privativa de liberdade e da necessidade de se buscar alternativas ao encarceramento, combinada com a perspectiva de que o respeito à integridade do condenado não está em oposição aos interesses da população*”³²⁸.

O projeto reformador do sistema de justiça criminal teve grande acolhida no Congresso Nacional. A primeira impressão de que um governo que ainda era marcadamente autoritário poderia simplesmente impor ao Legislativo esse programa de reformulação da Parte Geral do Código Penal e de criação de um Código da Execução Penal não retratou o modo como os parlamentares enfrentaram o tema. Na verdade, “*os discursos parlamentares e as emendas apresentadas nas Comissões de mérito e no Plenário para notar que as premissas dos novos textos legais não apenas foram acolhidas pelos deputados e senadores, mas foram entusiasticamente saudadas como modernas, humanas e garantidoras dos direitos dos presos*”³²⁹.

Não é surpresa afirmar que os presos não costumam atrair a simpatia do público e tampouco que constituem um grupo cuja defesa não oferece ganho de capital político. Nas palavras de Juliana Cesário Alvim Gomes, os presos constituem “*uma minoria estigmatizada, demonizada e excluída na arena política, e que sofre as mais brutais violações de direitos*”³³⁰.

³²⁷ Para uma compreensão acerca da relevância do advento desse estatuto jurídico protetivo do apenado no Brasil, v. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001, p.65-128.

³²⁸ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo Penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 96. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

³²⁹ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo Penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 96. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

³³⁰ GOMES, Juliana Cesario Alvim. Supremo e as prisões: corte constitucional em vários atos. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/supremo-e-as-prisoas-corte-constitucional-em-varios-atos-03092015>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

Mas o contexto não era de uma plena democracia no Brasil e os parlamentares não buscavam àquela altura angariar votos. Por mais contraditório que possa parecer, o ambiente de predomínio do Poder Executivo e a baixa preocupação do Congresso com o apelo social das medidas discutidas contribuíram para o sucesso da empreitada de instituir marcos legais que apostaram no enfraquecimento da cultura do encarceramento e no potencial emancipador da positivação de direitos fundamentais para os presos.

2.3.2 As desventuras da Assembleia Nacional Constituinte no campo penal: o protagonismo do direito penal e da pena de prisão na Constituição de 1988

A aprovação das Reformas de 1984 criou a legítima expectativa de que os debates constituintes no campo penal seguiriam a trilha progressista. Acreditava-se na consolidação, por meio do texto constitucional, das diretrizes de redução da centralidade da pena de prisão e da progressiva humanização do sistema penitenciário. A Constituição de 1988 frustrou gravemente essas expectativas: *“preferiu-se a manutenção prática, e conservadoramente revigorada, de uma defesa social lastreada na exclusão, na pena como falso transmissor de segurança social, no recrudescimento como a mais inócua das políticas penais”*³³¹. A rapidez e a intensidade com que a ideologia liberalizante moderada que marcou as reformas de 1984 foram revertidas na Assembleia Nacional Constituinte mostra um certo paradoxo na relação entre o recrudescimento do sistema de justiça criminal e o sentido de ampliação dos direitos fundamentais que orientava a ampla participação popular no processo de redemocratização. Na síntese precisa de Luiz Guilherme Mendes de Paiva,

o processo legislativo da ANC também desencadeou a revalorização do papel simbólico do Direito Penal, da criminalização e da pena de prisão, como reafirmação de importância das novas pautas da sociedade plural que florescia e, ao mesmo tempo, como ferramentas idôneas à resolução de problemas sociais. Além disso, o discurso punitivo surgido no novo panorama eleitoral foi incorporado nos debates parlamentares e fez nascer a retórica do populismo penal no país, apontando a pena de prisão como forma de solucionar o problema da criminalidade. A combinação dessas duas forças culminou na improvável união entre conservadores e progressistas em torno da força simbólica da lei penal e do encarceramento.³³²

³³¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. 2008, p. 69. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Acesso em: 21 jan. 2018.

³³² PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Populismo Penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 100. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

Há diversos fatores que explicam esse fenômeno de revalorização do discurso de endurecimento do direito penal e da pena de prisão no processo constituinte. *Em primeiro lugar*, não se pode desprezar o fato de que as Reformas de 84 foram aprovadas por parlamentares eleitos no contexto anterior à abertura política. O discurso punitivo não fazia parte da estratégia política de angariar simpatia popular e votos. O contexto propiciava, portanto, uma abordagem mais permeável às propostas técnicas e acadêmicas. Já os constituintes foram eleitos em 1986, num contexto de franca abertura política em que o apelo popular passou a ter maior peso. *Em segundo lugar*, a ampla participação social no processo constituinte abria a possibilidade para uma reversão, sob a ótica popular, do recém desenvolvido programa liberalizante do sistema de justiça criminal. Em geral, aliás, as propostas de endurecimento do direito penal e da elevação da relevância da prisão como resposta estatal às condutas criminosas costumam encontrar maior receptividade no sentimento social³³³.

A compreensão majoritária da população brasileira, desde a década de 80, é de repúdio à pauta de defesa dos direitos dos presos e de humanização do sistema de justiça criminal. Os processos constituintes, quando verdadeiramente abertos à participação popular, produzem riscos efetivos de retrocessos na proteção de direitos fundamentais no campo penal³³⁴. Embora não haja necessária correlação entre respeito ao direito dos presos e humanização do sistema de justiça criminal, de um lado, e minimalismo penal, de outro, o fato é que a constitucionalização de regras que determinam a imposição de tratamento penal mais gravoso para certos delitos – principalmente à luz da amorfa categoria dos crimes hediondos – constitui forma de entrincheiramento de uma política criminal de supervalorização da pena de prisão incompatível com a abertura democrática que deve caracterizar as decisões políticas de cada quadra histórica sobre o papel a ser desempenhado pelo encarceramento como sanção criminal.

³³³ A pesquisa realizada pela Human Rights Watch concluiu que “no Brasil, como em muitos outros países, já uma comum mal percepção de que direitos humanos e segurança pública são prioridades conflitantes” (HUMAN RIGHTS WATCH. *Lethal Force: police violence and public security in Rio de Janeiro and São Paulo*. Nova York: Human Rights Watch, 2009 p. 3).

³³⁴ Experiências recentes como a da Hungria mostram que processos constituintes podem resultar, pontual ou generalizadamente, em sistemas menos democráticos. V. SCHEPPELE, Kim Lane, Unconstitutional Constituent Power (unpublished work) (Revision of a paper originally prepared for the Penn Program on Democracy, Citizenship, and Constitutionalism, 2012-2013 Faculty Workshop Series). Entretanto, há amplo estudo demonstrando que quanto mais inclusivo for o processo constituinte maior é a chance de a política subsequente ser mais democrática: CAREY, John M., “Does it Matter How a Constitution is Created?,” In: BARANY, Zoltan; MOSER, Robert G. (orgs), *Is Democracy Exportable*, 2009, p. 155.

Em terceiro lugar, os mais diversos espectros políticos se valeram do discurso punitivista para dar vazão às suas expectativas político-eleitorais e ideológicas. A chamada “direita paulista”, ironicamente liderada por Paulo Maluf e claramente enfraquecida pelo processo de abertura política, captou rapidamente a utilidade eleitoral do discurso de endurecimento do sistema penal. As premissas que levaram às Reformas de 84 – reconhecimento da ineficácia da pena de prisão, introdução de penas alternativas, formulação de estratégias de integração familiar e comunitária nos estabelecimentos prisionais, progressão e individualização das penas – passaram a ser identificadas por esse espectro político como privilégios injustificados e como causas do aumento da violência. Essas propostas de endurecimento penal não contavam com nenhum tipo de pesquisa que demonstrasse a sua necessidade. O discurso se baseava, como nos dias atuais, em meras intuições, tantas vezes falseadas por diversas pesquisas empíricas – o *populismo penal* se caracteriza pela rejeição a qualquer dado que contrarie suas premissas³³⁵ –, de que o aumento da severidade das penas produziria impacto positivo na redução da violência e da criminalidade.

Os partidos situados à esquerda do espectro político, embora estivessem ligados à pauta de reconhecimento dos direitos dos presos – principalmente em razão do problema dos presos políticos da ditadura –, amparavam múltiplas pretensões dos mais diversos movimentos sociais pela criminalização de práticas ofensivas a grupos minoritários ou hipossuficientes. Como observou Álvaro Pires, “*indivíduos, grupos e movimentos sociais não-conservadores podem — sem contradição a seus olhos — aceitar o status quo estabilizado pelas teorias da pena aflitiva e paralelamente apoiar outras medidas jurídicas ou sociais descritas como ‘progressistas’*”³³⁶. Tanto a direita (na busca de nova identidade política) como a esquerda (na luta pelo

³³⁵ ROBERTS, Julian *et al.* *Populism and Public Opinion: lessons from five countries*. Nova York: Oxford University Press, 2003. Esse interessante estudo demonstrou que, nos cinco países pesquisados, o reforço a políticas de endurecimento penal ocorreu exatamente quando as taxas de criminalidade estavam caindo. O “populismo punitivo” também pode ser definido como aquela situação em que as considerações eleitorais prevalecem sobre considerações quanto à efetiva utilidade da norma punitiva. Pode-se acrescentar que uma característica adicional desse populismo reside no fato de que as decisões sobre políticas criminais são tomadas sem o conhecimento necessário dos problemas e são o resultado de conclusões simplistas de uma opinião pública incorretamente informada. V. LARRAURI PIJOAN, Elena, “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”, *In: Bacigalupo Sagge S., Cancio Meliá M. (org.), Derecho penal y la política transnacional*, Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2005, p. 284.

³³⁶ PIRES, Álvaro. “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”. *Novos Estudos*, n. 68. São Paulo: Cebrap, 2004, p. 46.

reconhecimento de movimentos sociais³³⁷) se encontraram no propósito de revalorização do direito penal e da pena de prisão, em oposição ao eixo central das Reformas de 84.

A *virada punitiva brasileira* gestada durante a Assembleia Nacional Constituinte se expressou no texto constitucional de diversas formas. Em primeiro lugar, prevaleceu a decisão de que alguns crimes deveriam ser inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça e anistia³³⁸. Em segundo lugar, a ideia de que o direito penal seria um poderoso instrumento de proteção de direitos fundamentais resultou na positivação de amplo catálogo de *mandados constitucionais de penalização*³³⁹. Por fim, foi criada a categoria constitucional dos *crimes*

³³⁷ O melhor exemplo é a positivação na Constituição do repúdio ao racismo (art. 4º, inciso VIII) e da regra que torna a prática do racismo crime inafiançável, imprescritível e sujeito a pena de reclusão (art. 5º, XLII). Shecaira lembra que a Constituição, ao determinar a criminalização do racismo, reconheceu a sua existência, o que impulsionou a produção legislativa posterior de criminalização da prática e endurecimento da resposta penal (Lei 7.716/89, Lei 8.081/90, Lei 8.882/94, Lei 9.459/97 e 12.288/10). V. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Racismo*. Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 2003, p. 401-418.

³³⁸ Também aqui a lista não é pequena: racismo (inciso XLII); tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos (inciso XLIII); ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV).

³³⁹ De acordo com Luiz Guilherme Mendes de Paiva, “[a] lista de dispositivos constitucionais que instam, ou obrigam, o legislador ordinário a criminalizar determinadas condutas é longa. Excluindo-se aqueles que se limitam a determinar a punição das violações, sem se comprometer necessariamente com o uso da lei penal — como, por exemplo, o art. 5º, inciso XLI (‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’) — temos na Constituição Federal a obrigação de criminalizar o racismo (art. 5º, inciso XLII); a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (art. 5º, XLIII); a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); a retenção dolosa do salário (art. 7º, X); a cobrança de juros acima de 12% ao ano (art. 192, § 3º) e as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º). Por fim, o art. 227, § 4º, embora não obrigue expressamente à criminalização, determina que ‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’” (*Populismo Penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 133. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/>>. Acesso em: 19 jan. 2018). Ainda sobre o tema: GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. A esse respeito, o Ministro Gilmar Mendes, em recente julgamento, afirmou o seguinte: “A Constituição de 1988 contém diversas normas que determinam, expressamente, a criminalização de um amplo elenco de condutas, conforme se observa nos seguintes incisos do art. 5º: ‘XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;’. No mesmo sentido, o art. 7º, inciso X, ao assegurar, em favor dos trabalhadores urbanos e rurais, a proteção do salário na forma da lei, estabelece, expressamente, que “constitui crime sua retenção dolosa”. De igual modo, prevê o art. 227, § 4º, da Constituição, que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” Da mesma forma, estabelece o art. 225, § 3º, que ‘As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.’ É possível identificar, em todas essas normas, um mandato de criminalização dirigido ao legislador, tendo em conta os bens e valores objeto de proteção. (...) Nessa linha, as normas constitucionais acima transcritas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte, traduzido em mandados de criminalização expressos, dirigidos ao legislador. Registre-se que os mandados de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição

hediondos para designar os crimes que estariam sujeitos a um tratamento gravemente mais intenso, que serviria como válvula de escape para excepcionar, em relação a tantos crimes quanto quisesse o legislador ordinário, a diretriz liberalizante das Reformas de 84³⁴⁰. Essa categoria surgiu como solução de compromisso entre a proposta da esquerda de tornar mais rigorosa a resposta à tortura e a da direita de agravar a resposta ao terrorismo e à ação de grupos armados.

Sem desprezar a importância da positivação na Constituição de diversos direitos fundamentais dos presos³⁴¹ – o que, em certa medida, respondia à demanda social de repudiar o tratamento cruel e desumano dispensado aos presos políticos da ditadura –, não se pode negar que o texto constitucional deu particular ênfase à valorização do direito penal e da pena de prisão como resposta para as demandas de melhoria da segurança pública e também de reconhecimento de diversos grupos e movimentos sociais. As opções contidas na Constituição de 1988 de impedir a concessão de tratamento penal mais benéfico para determinados delitos, determinar a ampla criminalização de certas condutas e de tratar com maior rigor os crimes que viessem a ser catalogados como hediondos traduziram uma nítida *“confiança que se depositou no sistema de justiça criminal como instrumento de tutela e proteção de direitos, seja por seu efeito simbólico, seja pela crença na sua efetividade concreta”*³⁴².

brasileira. Outras constituições adotam orientações assemelhadas (Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, c, e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I). É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia” (STF, HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 23.06.2016).

³⁴⁰ A Lei de Crimes Hediondos representou uma das formas contemporâneas de expressão do “direito penal do inimigo”. Na visão de Massimo Donini, a reintrodução da categoria do inimigo como destinatário das atuais políticas criminais se dá por meio de uma seleção dentro do sistema de justiça criminal, devendo ser entendido como um subsistema que deve ser separado do sistema criminal ordinário, como um caminho paralelo, reconhecido como legítimo e considerado como um conjunto de leis especiais ou excepcionais, não incluídas na lógica do macrosistema criminal e, portanto, como um estado de fato ou uma exceção. V. DONINI, Massimo, “El Derecho Penal Frente al ‘Enemigo’”, In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Carlos Gómez-Jara (coord.), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Madrid: Edisofer, 2006, p. 605-606. Essa lei é, sem dúvida, um exemplo muito significativo de uma atitude político-criminal que expressa, ao mesmo tempo, radicalismo e paixão. V., sobre o tema, SILVA FRANCO A., *Crimes Hediondos*, 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

³⁴¹ Confirmam-se os principais: nenhuma pena passará da pessoa do condenado (incisos XLV); individualização da pena (inciso XLVI); vedação de pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e de penas cruéis (inciso XLVII); separação de presos (inciso XLVIII); garantia de integridade física e moral (inciso XLIX); permanência dos filhos com as mães presidiárias para fins de amamentação (inciso L); indenização a quem ficar preso além do tempo fixado na sentença (inciso LXXV).

³⁴² PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo Penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal*, de 1984 a 1990. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 132. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31012017-162325/>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

A Constituição de 1988 consolidou a crença na pena de prisão como mecanismo preferencial de solução de conflitos sociais e passou a servir como referência central nas demandas por criminalização e penalização no Congresso Nacional³⁴³. Não há dúvida, portanto, que a Constituição de 1988 representou importante inflexão no pensamento que permeou a produção acadêmica da década de 70 e as Reformas de 84. É intrigante – e, de certo modo, até perturbador – que o nosso processo de redemocratização tenha produzido um consenso tão amplo em relação à necessidade de ampliação e intensificação do direito penal. Os incentivos oferecidos pela Constituição para o crescimento do *punitivismo* no Brasil se revelaram logo nos primeiros anos após a sua promulgação. A instituição da odiosa prisão temporária pela Lei 7.960/1989 – como claro ressurgimento da prisão para averiguação da ditadura militar³⁴⁴ – e, logo em seguida, a aprovação da desastrosa lei de crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990) são provas de que a abertura do texto constitucional à *cultura do encarceramento* produziria uma onda punitiva nunca antes experimentada no país³⁴⁵.

³⁴³ Como observou Salo de Carvalho, o texto constitucional não apenas cumpre as clássicas funções restritivas (negativa), característica precípua das normas constitucionais penais liberais, mas potencializa a incidência do penal/carcerário aos atos de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); à prática de racismo (art. 5º, XLII); aos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao terrorismo (art. 5º XLIII). V. CARVALHO, Salo. *Política criminal de drogas no Brasil* (estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 215.

³⁴⁵ Para uma crítica à produção legislativa penal na década de 90, confira-se o voto proferido pelo Ministro Eros Grau no STF: “Se tomarmos sob exame os textos normativos construídos no período compreendido pelos anos oitenta e noventa do século passado, discerniremos nítida oposição entre o que se convencionou chamar de “garantismo”, na década de 80 [em 1.984, precisamente --- com a reforma penal --- e em 1.988, na Constituição do Brasil] e a produção, na década de 90, de preceitos penais e processuais marcados, na dicção de ALEXANDRE WUNDERLICH, pelo repressivo insano e pelo excesso de criações punitivas. (...) A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habilitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom estamos atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam em busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao “olho por olho, dente por dente”. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos” (STF, RHC 89550, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 27/03/2007). Já no ano de 2003, complementando o regime draconiano de cumprimento das penas para os crimes hediondos, o legislador criou, por meio da Lei n. 10.792, o regime disciplinar diferenciado, introduzindo o isolamento, a restrição às visitas, e uma comunicação ainda mais limitada.

2.4 A Constituição-limite e a Constituição-fundamento do direito penal: constitucionalismo e democracia no campo penal

O papel que as Constituições exercem em relação ao direito penal é objeto de profundas controvérsias: vão desde concepções que atribuem à Constituição uma estreita função de limitar alguns excessos punitivos até visões que encontram na Constituição todos os elementos fundamentais que caracterizam e dão sentido material ao direito penal. As diversas visões sobre a função atribuída à Constituição no marco do sistema penal, embora possam ser mais detalhadamente graduadas, podem ser, para fins didáticos, divididas em dois grandes grupos. Um primeiro grupo enxerga a Constituição apenas como um limite aos excessos punitivos praticados no campo penal, a partir de uma perspectiva lógico-formal, baseada em princípios básicos como os da legalidade, da responsabilidade pessoal e da culpabilidade. Já o segundo grupo vê na Constituição o próprio fundamento do direito penal, cuja função seria assegurar valores, bens e direitos estabelecidos pela Constituição. A primeira concepção, aqui denominada de Constituição-limite, propõe uma relação formal-negativa entre Constituição e sistema penal: a Constituição determinaria apenas quais bens jurídicos não podem ser objeto de proteção penal, quais técnicas de tutela não poderiam ser adotadas e quais sanções não seriam admissíveis no direito penal³⁴⁶. Por sua vez, a segunda concepção, aqui denominada Constituição-fundamento, sustenta que o direito penal deve estar definido e fundado na Constituição, que imporá os fins, objetivos e instrumentos do direito penal, bem assim os princípios que orientam a sua produção legislativa e sua aplicação judicial³⁴⁷.

A ideia de Constituição-fundamento implica reconhecer que o papel da Constituição em relação ao direito penal não se limita à simples noção de que o direito penal não pode contrariar formalmente a Constituição. Essa concepção defende que a Constituição é bem mais que um mero limite ao direito penal: é o seu próprio alicerce. Isso significa que a eleição das condutas a serem sancionadas, os bens jurídicos passíveis de proteção e as sanções penais aplicáveis não são decisões que podem ser delegadas exclusivamente ao legislador³⁴⁸, já que estão previamente delimitadas pela Constituição.

³⁴⁶ DONINI, Massimo, Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana” VV.AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad, 2001, p. 223.

³⁴⁷ DONINI, Massimo, Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana” VV.AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad, 2001, p. 224.

³⁴⁸ A proposta é de abandono da escola positivista que propunha que a definição dos bens jurídicos teria como limite as considerações do próprio legislador. A escola positivista que se pretendia superar entregava integralmente

Nas palavras de Donini, segundo essa concepção, a Constituição é vista como um fundamento, e não como mero limite, das escolhas legislativas sobre o direito penal: “*se pretende que [a Constituição] diga como deveria ser construído positivamente o delito, não quais são os obstáculos negativos remanescentes a uma liberdade tendencialmente plena do Parlamento*”³⁴⁹. A noção de Constituição-fundamento, em seu sentido mais forte, pretende deduzir do texto constitucional, quase aprioristicamente, quais devem ser os bens jurídicos passíveis de proteção e quais devem ser delegados a outros ramos do ordenamento, quais são as técnicas de tutela penais consentidas e quais são as funções da pena.

A noção de Constituição-fundamento coincide, em sua versão mais fraca, com o modelo de Constituição-marco e, em sua versão mais forte, com o modelo de Constituição-programa³⁵⁰. Foi Robert Alexy que organizou a relação entre a Constituição e o legislador em três categorias: (i) Constituição-procedimento, em que a Constituição se limita a prescrever processos legítimos, e não resultados³⁵¹; (ii) Constituição-programa, em que a Constituição funciona como ordem fundamental que predetermina o conteúdo da legislação, reduzindo drasticamente a autonomia do legislador³⁵²; e (iii) Constituição-marco, modelo que concebe a Constituição como uma ordem aberta, que, apesar de decidir algumas questões fundamentais, deixa a maioria delas em aberto para que sejam definidas de acordo com as concepções políticas prevaletentes em cada momento histórico³⁵³.

A noção de Constituição-fundamento – em suas diferentes graduações, ora mais próxima à ideia de Constituição-programa e ora mais ligada à ideia de Constituição-marco –

ao legislador a tarefa de escolher e conformar normativamente os bens jurídicos. É evidente que essas ideias negavam qualquer possibilidade de conformação constitucional do bem jurídico. V. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 51.

³⁴⁹ DONINI Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale*. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Milano: Giuffrè, 2004, p. 66.

³⁵⁰ V. ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios, 2004 e Revista Española de derecho constitucional, ano 22, n. 66, p. 13-64, Sep.-Dez., 2002.

³⁵¹ V. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

³⁵² V. SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 107-117.

³⁵³ Juristas que se filiam a correntes de pensamento bastante heterogêneas – Ronald Dorkin, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli – podem ser considerados como defensores de uma concepção de Constituição que coincide, em linhas gerais, com a ideia de Constituição-marco defendida por Roberto Alexy.

impõe um questionamento muito mais complexo e radical do que aquele tradicionalmente reconhecido a partir da ideia de Constituição-limite: seria possível ou até mesmo seria necessário encontrar na Constituição um tipo de síntese *a priori* do direito penal, um modelo de intervenção penal que se impõe, por assim dizer, externamente, de cima, ao legislador? Há na Constituição um programa (mais ou menos detalhado) que vincule o legislador seja quanto aos fins seja quanto aos instrumentos de tutela? O estudo sobre a relação entre Constituição e direito penal mostra que as tentativas de delimitar e prescrever o modo de interação entre as normas constitucionais e penais surgiram, se desenvolveram e receberam maior aprofundamento dogmático por parte do direito penal. Só mais recentemente o tema tem recebido maior atenção por parte do direito constitucional – não apenas, mas especialmente no Brasil. Por isso, é inevitável percorrer, ainda que sem exaustividade, os caminhos da dogmática penal, com o objetivo de identificar o estado da arte em relação ao tema do papel da Constituição na criação e aplicação das normas penais.

2.4.1 O desenvolvimento das ideias de Constituição-limite e a Constituição-fundamento na dogmática penal: o debate sobre a conceituação e a função da categoria do bem jurídico

Um movimento doutrinário conhecido como Escola de Bolonha, cujo principal expoente foi Franco Bricola, desenvolveu na Itália os pressupostos para a consolidação dessa relação material forte entre Constituição e direito penal. Para Bricola, a ideia de uma Constituição rígida exige que o legislador penal assuma como fundamento da criação de um delito a tutela de um bem constitucionalmente relevante³⁵⁴. Além disso, ao criminalizar uma conduta cuja prática é capaz de ofender um bem jurídico de relevância constitucional, o legislador não pode fazer com esse bem jurídico perca sua fisionomia constitucional: o legislador tem o dever de tutelar penalmente esses bens jurídicos na sua exata dimensão constitucional, devendo traduzir na norma penal incriminadora o valor constitucional que lhe confere suporte ou fundamento.

Na visão de Bricola, a relevância constitucional do bem jurídico não significa simplesmente a sua não contradição com a Constituição: o bem jurídico tem relevância constitucional somente se garantir os direitos fundamentais ou os valores constitucionais objetivamente tutelados³⁵⁵. Bricola afirmava que, mesmo no contexto de Constituições bastante

³⁵⁴ BRICOLA, Franco. *Scritti di Diritto Penale*. 4 Vol. Milán: Giuffrè, 1997.

³⁵⁵ A Corte Constitucional da Itália chegou a afirmar que o direito penal só poderia tutelar valores que tivessem, no mínimo, relevância constitucional. V., nesse sentido, Sentenza n. 364 del 1988 e Sentenza n. 409 del 1989.

amplas como a atual Constituição italiana, existem valores que, embora não contradigam a Constituição, não assumem *status* de valor constitucional e, por isso, não poderiam ser tutelados pelo direito penal³⁵⁶. Como lembra Donini, a influência dessa formulação teórica da Itália pode ser verificada pela aceitação – ainda que episódica – pela jurisprudência da Corte constitucional daquele país da ideia de que não são legítimas as incriminações penais que tutelem bens jurídicos que não expressem valores constitucionalmente relevantes³⁵⁷.

As três principais consequências da proposta de vinculação material forte entre a Constituição e o direito penal podem ser assim resumidas: (i) o legislador não pode incriminar condutas que traduzam o exercício de um direito constitucional, salvo para tutelar um bem jurídico de peso constitucional superior (ou um bem jurídico que estabeleça um limite previsto na Constituição em relação ao exercício desse direito); (ii) o legislador não pode impor sanção criminal para condutas lesivas de valores que, embora não sejam contrários à Constituição, não encontrem nela algum reconhecimento explícito ou implícito³⁵⁸; e (iii) a restrição à liberdade pessoal imposta pela lei penal deve ser proporcional à relevância constitucional do bem jurídico e à magnitude da sua lesão³⁵⁹.

Essas três consequências extraídas da obra de Bricola e da sua proposta de reformulação do papel da Constituição em relação ao direito penal criou as bases para o desenvolvimento das ideias de: inconstitucionalidade de normas penais que tutelam bens jurídicos que não têm nem explícita nem implicitamente relevância constitucional; inconstitucionalidade de normas penais que tutelam bens jurídicos contrários à Constituição; e inconstitucionalidade de normas que tutelam bens jurídicos constitucionais em uma medida desproporcional à efetiva relevância constitucional desses mesmos bens jurídicos³⁶⁰.

Embora essa orientação tenha servido como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de alguns poucos dispositivos penais – como o de exposição não autorizada de bandeira estrangeira (Sentenza n. 189 del 1987) e de mendicância não invasiva (Sentenza n. 519 de 1995) –, em sentenças mais recentes – que declararam a constitucionalidade dos delitos de clandestinidade e ingresso ilegal no território italiano (Sentenza n. 250 del 2010) – essa orientação jurisprudencial foi abandonada.

³⁵⁶ BRICOLA, Franco. *Scritti di Diritto Penale*. 4 Vol. Milán: Giuffrè, 1997, p. 564 e ss.

³⁵⁷ A propósito, a Sentença n. 409, de 6 de julho de 1989. V. DONINI, Massimo. “La herencia de Bricola y su obra. A modo de retrato” Prólogo a la traducción al castellano de BRICOLA, 2012.

³⁵⁸ Na concepção de Bricola, os bens jurídicos com status constitucional indireto seriam protegidos na medida em que constituiriam pressuposto necessário para a tutela de bens de relevância constitucional primária. V. DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 302.

³⁵⁹ BRICOLA, Franco. *Scritti di Diritto Penale*. 4 Vol. Milán: Giuffrè, 1997, p. 572.

³⁶⁰ BRICOLA, Franco. *Scritti di Diritto Penale*. 4 Vol. Milán: Giuffrè, 1997, p. 577 e ss.

A constitucionalização do direito penal proposta por Bricola na Itália se baseia fundamentalmente na categoria do bem jurídico e na necessidade de garantir que o direito penal somente se prestaria a tutelar ou proteger bens jurídicos dotados de relevância constitucional, assegurado, de qualquer modo, o respeito aos princípios da legalidade, da taxatividade, da proibição de retroação de normas desfavoráveis e da proporcionalidade, este último especialmente voltado ao controle do excesso punitivo decorrente do desequilíbrio entre a relevância constitucional do bem jurídico (e a intensidade da sua lesão) e a pena cominada ou aplicada. A categoria do bem jurídico aparece na obra de Bricola não apenas como uma proposta de legitimação da intervenção penal, mas como um instrumento de contenção de excessos punitivos e de delimitação constitucional do conteúdo possível do direito penal no contexto do constitucionalismo democrático.

É possível afirmar que, como na obra de Bricola se encontrava claramente a ideia de um catálogo fechado de bens constitucionais, também dela se poderia depreender a possibilidade de deduzir o Código Penal inteiramente da Constituição, deixando um espaço bastante estreito para o legislador na construção do direito penal. Na sua obra, a relação entre Constituição e direito penal transita claramente da ideia de Constituição-limite para a noção de Constituição-fundamento: a exigência de que o direito penal se dirija exclusivamente e de modo proporcional à tutela de bens jurídicos de relevância constitucional foi um passo decisivo na construção de uma doutrina preocupada em impor limites materiais primeiramente ao legislador penal (no exercício da competência de criar tipos penais e lhes cominar penas³⁶¹) e, em segundo lugar, aos juízes (no exercício da competência de aplicar tipos penais e lhes atribuir sentido concreto). Mais ainda: na visão de Donini, a proposta de Bricola se baseava em um vínculo material tão extenso e profundo entre Constituição e direito penal que a sua formulação da ideia de

³⁶¹ Hassemer considera, que “uma proibição de uma conduta sob ameaça penal que não possa ser remetida a um bem jurídico seria um terror de Estado. Seria nada menos que uma intromissão na liberdade humana de atuação em relação a qual o Estado não pode dizer com que fim leva a cabo. Dito fim é um lugar que tradicionalmente ocupa o conceito de bem jurídico. A intervenção na liberdade de conduta não teria que lhe legitimaria, algo do qual se poderia extrair seu sentido. O bem jurídico é o fundamento necessário e constitucional para conceber um dever de proteção para determinar os limites da intervenção e seu cálculo preciso” (HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, 2007, p.104-105, tradução livre do autor).

Constituição-fundamento conduziria ao reconhecimento de uma Constituição-código no campo penal³⁶².

As razões históricas, culturais e jurídicas do desenvolvimento dessa teoria na Itália estão relacionadas à herança, pelo novo regime democrático, de um Código penal formulado no período autoritário e também à explícita intenção de tornar sindicáveis por parte da Corte Constitucional as leis penais (em especial, o Código de origem autoritária) sob a ótica dos princípios constitucionais formais e substanciais (reserva de lei, taxatividade, proporcionalidade, subsidiariedade, ofensividade, razoabilidade, culpabilidade e finalidade reeducativa da pena) que conformavam a atividade do legislador penal³⁶³.

O exemplo italiano não é isolado. Os países que passaram por regimes autoritários e instauraram democracias constitucionais – em que a proteção dos direitos fundamentais ganharam centralidade e passaram a funcionar como limites jurídico-normativos ao exercício do poder público – também intensificaram, em diferentes graus e de diversas formas, o debate sobre a relação entre Constituição e direito penal, notadamente sobre os limites constitucionais impostos ao direito penal e sobre em que medida a Constituição pré-determina o conteúdo material do direito penal³⁶⁴.

A repercussão material das Constituições sobre o direito penal nas democracias contemporâneas sempre esteve, na dogmática penal, indissociavelmente ligada à categoria do

³⁶² DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale*. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà. Milano: Giuffrè, 2004, p. 67. Essa visão desenvolvida no continente europeu a partir da relação entre Constituição e direito penal corresponde a uma visão defendida nos Estados Unidos da América, segundo a qual o direito penal teria uma autoridade meramente declaratória, o que significa afirmar que a lei penal apenas reivindicaria a autoridade para declarar certos erros preexistentes (erros, isto é, que existem e podem ser entendidos como errados, independentemente do direito penal) tidos como erros públicos que, quando necessário, passam a ser reconhecidos como erros criminais. Esta autoridade meramente declarativa é mais claramente vista nos delitos clássicos (homicídio, estupro, roubo, etc.). A defesa da ideia de que o direito penal não cria os erros públicos tidos como delitos também parte da concepção de que é possível predefinir o conteúdo material do direito penal antes da atividade realizada pelo legislador – ainda que, como no caso, essa predefinição parte de uma concepção jusfilosófica sobre o direito penal exigido por uma república liberal –, que teria um papel de mera execução, e não propriamente de criação normativa. V., nesse sentido, DUFF, R. A., *A Criminal Law We Can Call Our Own*, *Northwestern University Law Review*, vol. 111, 2017, p. 1.496-1.497.

³⁶³ DONINI Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale*. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Milano: Giuffrè, 2004, p. 68.

³⁶⁴ A rigor, essa é uma discussão que remonta ao iluminismo e às revoluções liberais: a emblemática contribuição de Feuerbach na Alemanha, ainda no século XIX, defendia a necessidade de lesão a um direito para a caracterização do delito. V. PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2016, p. 3. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

bem jurídico³⁶⁵. Mesmo quando a referência à norma constitucional não era explícita, a ideia de que o direito penal teria que pressupor necessariamente um bem jurídico expressa a noção amplamente difundida de que o legislador já não estava livre para criar o direito penal segundo critérios de pura conveniência política³⁶⁶. Como sintetizou Ana Elisa Bechara, “*a teoria do bem jurídico e o modelo de crime como ofensa a um dado bem jurídico afirmaram-se, ao longo do tempo, como critérios de delimitação não só da matéria de incriminação, como dos próprios contornos da respectiva tutela*”³⁶⁷. O bem jurídico, nesse contexto, não serviria apenas como uma fonte externa ao direito de crítica política ou ideológica ao direito penal³⁶⁸. A categoria do bem jurídico, tal como desenvolvida com maior precisão no século passado, tinha a clara pretensão de oferecer um parâmetro para a aferição da legitimidade jurídico-material das normas penais. Mas é evidente que qualquer limitação jurídico-normativa à atividade do legislador em Estados constitucionais de direito tem como base a Constituição³⁶⁹. A noção de que a categoria do bem jurídico estaria apta a oferecer substrato material e metodológico para o controle da legitimidade da criação de normas penais só faz sentido se a própria ideia de bem jurídico puder ser encontrada, explícita ou implicitamente, na Constituição.

No Brasil, Juarez Tavares desenvolveu extenso trabalho de reconfiguração da dogmática penal e da teoria do delito a partir do influxo do processo de redemocratização marcado pela

³⁶⁵ Em 1888, Franz Von Liszt já alertava para a circunstância de que o esclarecimento sobre o conceito de bem jurídico seria uma questão vital para o direito formal, que àquela altura já estava fortemente ameaçado pelo formalismo com que se tratava a questão do bem jurídico. V. PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2016, p. 4. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

³⁶⁶ O atual estado da arte na dogmática penal permite afirmar que a fonte de legitimação jurídica do direito penal se encontra na existência de bens jurídicos. V., sobre o tema, ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *In: Estudos de direito penal*. Trad. de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31 e ss. No mesmo sentido, Schünemann, após resenhar o desenvolvimento da categoria bem jurídico na história, conclui pela existência de consenso entre as teorias quanto à impossibilidade de total arbítrio do legislador para tipificação criminal e à necessidade de constatação de dano social, marcado pela lesão a bens jurídicos. V. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 5, jan-jun de 1995.

³⁶⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, mai./ago., 2009, p. 16.

³⁶⁸ No sentido de que o bem jurídico assumiria a função não-jurídica de permitir a crítica ao direito positivo, V. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico e Constituição*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

³⁶⁹ Roxin afirma, nesse sentido, que “não podemos opor limites ao legislador com a mera alegação de que esses limites decorrem de nossa própria concepção político- criminal. A única instância que está acima do legislador é a Constituição” (ROXIN, Claus. Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico. *In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 184).

promulgação da Constituição de 1988³⁷⁰. Para ele, a intervenção do direito penal só se justifica nos casos em que se mostrar imprescindível para assegurar bens jurídicos fundamentais da pessoa humana³⁷¹. Assim, o bem jurídico cumpre a função de proteção, não de si mesmo, mas sim da pessoa humana, que é o objeto final de proteção de toda a ordem jurídica, o que significa que o bem jurídico só vale na medida em que se insere como objeto referencial de proteção da pessoa³⁷². Esse enunciado do princípio da necessidade da pena, para Juarez Tavares, se articula com outros princípios, notadamente: (i) o da fragmentariedade, segundo o qual o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis; e (ii) o da subsidiariedade, que determina que a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos³⁷³.

Ainda segundo Juarez Tavares, o arcabouço principiológico sobre o qual se funda o direito penal em sistemas democráticos está inevitavelmente entrelaçado à ideia de bem

³⁷⁰ V. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Inovações constitucionais no direito penal. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 3, n. 4, 1990, p. 51-72.

³⁷¹ A compreensão do bem jurídico como dado valorativo pessoal implica defender que todo bem jurídico seja redutível à pessoa. Isso não significa que não possam existir bens jurídicos cuja titularidade seja coletiva, mas sim que, de alguma forma, a lesão ou perigo concreto de lesão, pressupostos pelo tipo, possam se reduzir individualmente. O conceito de bem jurídico, portanto, deve ser construído sempre tomando como referência última os bens jurídicos pessoais básicos. “Isso significa que o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção à pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma penal como valor.” V. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 199 e 203. Ainda no Brasil, em sentido aproximado à tese defendida por Juarez Tavares, Heleno Fragoso, sem a mesma precisão conceitual, afirmava que bem jurídico é um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é disposta a norma. V. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 277-278. No mesmo sentido: HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 96.

³⁷² Juarez Tavares adota, nesse particular, a teoria pessoal do bem jurídico, que teve em Hassemer seu principal criador. Como bem diz Neumann: “A teoria pessoal do bem jurídico pensa o direito penal não a partir da sociedade, mas sim do indivíduo. Na disputa entre abordagens de teoria do Estado coletivistas, estatistas, de um lado, e individualistas, de outro, ela se posiciona claramente ao lado destas. Em segundo lugar, ela vincula o direito penal a interesses concretos dos seres humanos e é capaz de filtrar componentes ideológicos que, embora consistam apenas em projeções de valores sociais, pretendem-se obrigatórios e ameaçam, por isso, o direito penal liberal. Por fim, o conceito de bem jurídico se opõe a um modelo estatal autoritário, que considera o crime como lesão de um dever. Deveres assumem, neste modelo, uma função apenas secundária; eles servem à proteção de interesses humanos, mas não são, em si, objetos de proteção do direito penal. A teoria pessoal do bem jurídico corresponde, como abordagem metodológica, a uma ética que não se orienta por deveres, mas por interesses, e que reclama para si, em razão da imediata clareza deste ponto de referência, uma grande capacidade de persuasão” (NEUMANN, Ulfrid. A teoria pessoal do bem jurídico, Trad. de Antonio Martins, Conferência, in Seminário Internacional em Homenagem a Winfried Hassemer, EMERJ, mar., 2014).

³⁷³ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

jurídico³⁷⁴. Assim, se a intervenção penal do Estado se dá, sob a ótica puramente formal, a partir da tipificação de condutas, sob o enfoque material, entretanto, a norma apenas será legítima constitucionalmente se tiver como escopo impedir a lesão concreta de um bem jurídico. Embora absolutamente cético em relação à capacidade do direito penal de proteger bens jurídicos³⁷⁵ – ideia que, para ele, é puramente simbólica –, Juarez Tavares defende que o bem jurídico deve funcionar como um elemento indispensável à criação e à delimitação da norma criminalizadora. Para ele, o bem jurídico pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, assim, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes³⁷⁶. O bem jurídico deixa de ser tratado como mero objeto de proteção para assumir a posição de objeto de referência necessário da incriminação³⁷⁷.

De acordo com essa corrente doutrinária, o bem jurídico, por ser um valor e objeto de preferência real (e não simplesmente ideal ou funcional) do sujeito, condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. Desse modo, o tipo penal não é apenas uma norma de reconhecimento, mas também uma norma de conduta, razão pela qual deve estar associado a determinada finalidade:

³⁷⁴ O alicerce para a determinação de uma ação como típica, se assenta na relação de necessidade de lesão ao bem jurídico. V. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do injusto penal*. 2ª ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 180.

³⁷⁵ Nesse ponto, Juarez Tavares comunga do mesmo ceticismo em relação ao uso do conceito de bem jurídico para representar essa esfera de afetação pessoal apresentado por Carlos Santiago Nino. V. NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

³⁷⁶ Para Juarez Tavares, a criminalização primária eleva o bem jurídico a título de preferência, posto que se supõe que tais bens existam previamente ao direito penal. Quer dizer, o bem jurídico, além de ser necessariamente referido por um tipo, há de possuir substância autônoma, ou seja, não pode ser “criado” pelo mero ato legislativo. Isso porque, se há necessidade de conter o poder de punir, é preciso que a própria atividade criminalizante esteja sujeita a barreiras e limites, sem os quais qualquer proibição estaria desde já autorizada. V. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do injusto penal*. 2ª ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

³⁷⁷ Juarez Tavares se vale da ideia de que o bem jurídico é “pressuposto do tipo” e não “protegido pelo tipo”, com base na conhecida compreensão de que não há nenhuma comprovação empírica de que a norma penal proteja bens jurídicos. V. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 216. No mesmo sentido: ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 216. Essa visão é também majoritária na Alemanha. V., sobre o tema, V. PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2016, p. 8. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>>. Acesso em: 20 dez. 2018. Em outra oportunidade, Juarez Tavares afirmou que “a referência que se faz em toda a teoria do delito à proteção do bem jurídico é, em todas as suas versões programática, porque não existe uma demonstração que isto em verdade ocorra”. Com base nessa premissa, Juarez Tavares afirma que “independente desse ceticismo no que se refere à tarefa declarada do direito penal de defender bens jurídicos, do qual compartilhamos, se pode admitir o até supor que seja justamente isso o que a lei pretendia com as normas criminalizadoras, ao menos no plano simbólico” (TAVARES, Juarez Estevam Xavier. La culpabilidad e individualización de la pena. *In: Racionalidad y derecho penal*. Lima: Idemsa, 2014, p. 90).

a delimitação do poder de intervenção do Estado, que não pode ser alcançada sem um pressuposto material que lhe trace os contornos de estabilidade. Daí a necessidade que se estabeleça, como base da ação típica, a lesão de um bem jurídico³⁷⁸.

Poderia parecer, adverte Juarez Tavares, que estas ponderações são meramente especulativas. Mas, para ele, essa impressão seria falsa por dois motivos principais. Em primeiro lugar, a eliminação das bases materiais da incriminação – com a diluição da ideia de bem jurídico, que se desvincula da função de proteção da pessoa humana – e a consequente entronização de objetivos puramente simbólicos expõem o problema da legitimidade do emprego do direito penal³⁷⁹. Em segundo lugar, a exigência de demonstração de que a atuação estatal no campo penal pode realmente proteger a pessoa humana implica subordinar a intervenção penal à identificação de uma base material com base na qual se possa falar em lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, o que acaba delimitando a incriminação a campos mais precisos e delimitados de atuação³⁸⁰.

Ainda segundo Juarez Tavares, o bem jurídico como categoria dogmática pode e deve ser utilizado como objeto de limitação do poder de punir. Se a legitimidade do poder de punir está condicionada a que o Estado rompa com os seus fundamentos simbólicos e busque uma base material para a elaboração de suas normas incriminadoras, isso impõe ao legislador o dever de tomar o bem jurídico, em vez de objeto de proteção³⁸¹, como pressuposto irrecusável da

³⁷⁸ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 226.

³⁷⁹ Para Juarez Tavares, devemos ter em conta que em um Estado democrático é absolutamente ilegítimo manter-se em suas mãos um instrumento tão rigoroso, como o direito penal, se não se puder demonstrar seu emprego em favor da pessoa humana. Falhando esta demonstração ou sendo ela empiricamente impossível, já poderemos dizer que, diante disso, está seriamente comprometida a legitimidade de seu emprego. V. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

³⁸⁰ Para Nino, a ideia de que o injusto penal deve ser concebido de tal maneira que torne necessária a verificação de que o dano ou o perigo ao bem jurídico se faz presente em cada caso concreto pode ser cunhada de princípio da enantiotelidade, o qual significa que uma ação é punível somente quando causa a lesão ou o perigo de lesão que a lei está destinada a prevenir. (V. NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 311.)

³⁸¹ Para Juarez Tavares, assim como para Zaffaroni, a premissa de que o direito penal tem capacidade de oferecer proteção a bens jurídicos é empiricamente indemonstrável. Segundo Tavares, não se pode vincular a interpretação da norma penal a um fundamento teleológico, que é puramente simbólico e não real. Ao vincular-se a interpretação da norma penal à sua função protetiva, o que se faz não é limitar o poder de punir, mas subordiná-lo aos fins da pena, ou a razões de política criminal, que tanto podem perseguir um objetivo humanitário, quanto corresponder a propósitos autoritários de um Estado despótico. Mais recentemente, aprofundando sua visão pessimista sobre a capacidade da categoria do bem jurídico impor limitações aos avanços autoritários do direito penal, Juarez Tavares afirma que todo o sistema penal estaria ligado ao mito da proteção do bem jurídico e da ideologia da repressão, vinculada à pena, como garantia da ordem; e que a pena estaria legada a um fator ideológico de sedimentação do sistema. Para Juarez, os dois elementos estariam presentes tanto no Estado moderno quanto nas ditaduras: haveria a criação tanto de um mito, a proteção de bens jurídicos, como de um mostro, a criminalidade invencível. Juarez

demonstração de que a conduta criminosa o tenha lesado ou posto em perigo³⁸². Ainda segundo Juarez Tavares, fazendo-se situar, como pressuposto de qualquer incriminação, a demonstração da lesão ou do perigo de lesão a determinado bem jurídico – ainda que não se descarte, de modo absoluto, o simbolismo com o qual o direito penal hoje trabalha –, talvez se possa obter, concretamente, uma submissão do poder de punir a um fundamento material³⁸³.

É certo que não há amplo consenso na doutrina penal sobre o conceito de bem jurídico³⁸⁴. Juarez Tavares reafirma, entretanto, em linha com a tradição da Escola de Frankfurt³⁸⁵, que o conceito de bem jurídico deve ser extraído da pessoa humana, e não da coletividade ou do Estado. Antes que se incorra em grave equívoco ao interpretar essa proposta de delimitação do conteúdo do direito penal a partir da teoria pessoal do bem jurídico, é importante ressaltar que *“essa personalização do bem jurídico não impede que se reconheça que uma conduta criminosa possa lesar o próprio Estado. Nesse caso, a lesão ao Estado constitui uma etapa de*

Tavares entende que a necessidade de se enfrentar o monstro levaria à justificação da violência do sistema de poder contra o indivíduo e considera que a política criminal seria apenas uma falácia, mero discurso garantista diante de uma legislação autoritária. Ao final, conclui pela impossibilidade de limitação do poder, mesmo sem qualquer dissimulação quanto aos elementos de composição de tal mito e acredita que as normas penais no Estado moderno careceriam completamente de embasamento empírico, já que o bem jurídico não passa de figura de linguagem, sem capacidade crítica. Em síntese, Juarez Tavares tem uma visão pessimista do sistema penal, o qual seria um instrumento capaz de sustentar um poder autoritário dentro do Estado Democrático: busca a negação do mito para que ele não seja mais aceito, permitindo que o indivíduo evolua para o auto-reconhecimento, livre de um sistema autoritário. V. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Mito e ideologia: objetos não manifestos do sistema penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Direito e Psicanálise: intersecções e Interlocuções a Partir de O Senhor das Moscas de Willian Golding*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 161-172.

³⁸² Como já observou esse autor, “[o] que se exige, em um direito penal realista, é que ao imputado se lhe abra sempre a possibilidade de demonstrar que o perigo pressuposto na lei não se poderia verificar no caso concreto, em face da inofensividade de sua conduta. Para que se torne possível essa refutação, que decorre inexoravelmente dos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, a função do direito penal não pode estar direcionada à proteção do bem jurídico” (TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*, 3a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 226)

³⁸³ Com tal exigência se pode prescindir ou até mesmo eliminar a vinculação da dogmática penal à teoria dos fins da pena ou aos motivos de política criminal e trabalhar, exclusivamente, sob ponderações delimitativas de seu exercício.

³⁸⁴ Para uma visão abrangente, V. HASSEMER, Winfried *et al.* Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico, In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15 e ss. A propósito da multiplicidade de definições de bem jurídico e da dificuldade em encontrar um ponto em comum para formulação de um conceito preciso dessa categoria, V. STRATENWERTH, Günter. Sobre o Conceito de “Bem Jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 101-103.

³⁸⁵ A Escola de Frankfurt foi caracterizada por Schünemann pela defesa da teoria do bem jurídico monista-individual, denominada como pessoal. V. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 5, jan-jun de 1995, p. 237-277.

violação de bem jurídico pessoal”³⁸⁶. A síntese dessa teoria foi assim delineada por Juarez Tavares:

A relevância de se exigir a personalização do bem jurídico está no sentido de delimitar o poder de punir, de tal modo que uma lesão ao Estado só possa ser legitimada em uma democracia, quando implicar também uma violação de bem jurídico pessoal. Com isso se eliminam as criminalizações puramente políticas e se sedimentam os interesses do Estado nos interesses da pessoa, tomada em sua universalidade. Observe-se que a pessoa individual é elemento estrutural da ordem jurídica, conforme dispõe o art. 1º, I e II, da Constituição, ao eleger a cidadania e a dignidade de pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em face disso, não será possível conceituar-se um bem jurídico sem estar vinculado à pessoa individual. Partindo desse fundamento, pode-se dizer que o *bem jurídico é um dado relacionado à pessoa humana, como seu elemento de preferência e orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental*. Nessa conceituação se incluem tanto os bens nitidamente pessoais, como a vida, a integridade física, a liberdade em todos os seus matizes (liberdade individual, liberdade sexual) e a honra, como também bens individuais que se projetam para além da pessoa e se inserem como de interesse geral (ambiente, fé pública, saúde pública, administração pública, administração da justiça). O fato de estes últimos bens, quando violados, não afetarem diretamente uma pessoa individual (caso alguém contamine um rio muito distante da residência de outrem, que não o afete imediatamente), isso não os desnatura como bens pessoais. É falsa, portanto, a classificação antagônica entre bens jurídicos individuais e coletivos, como também a moderna distinção entre falsos e verdadeiros bens coletivos. Isto porque nenhum bem chamado de coletivo pode prescindir de sua vinculação à pessoa individual. Nem teria sentido imaginar o ambiente ou a administração da justiça sem as pessoas que os possam usufruir. Somente em um Estado voltado para a manutenção do próprio poder e não para a felicidade de todos se poderia construir uma ordem jurídica impessoal. Sob essas condições, a criminalização de uma conduta tem como pressuposto indeclinável a lesão ou o perigo concreto de lesão a um bem jurídico.³⁸⁷

Essa personalização do bem jurídico – o direito penal só se justificaria nos casos em que se mostrar imprescindível para assegurar bem jurídicos fundamentais da pessoa humana³⁸⁸ – também pode ser encontrada, com outras configurações, nos mais diversos quadrantes. Na Espanha, a dogmática penal formulada por Muñoz Conde parte da ideia de que o bem jurídico é um pressuposto de que a pessoa necessita para sua auto realização na vida social³⁸⁹. Em referência explícita à Constituição, o autor espanhol afirma ser contrário à tendência que pretende identificar bem jurídico protegido penalmente com direito fundamental reconhecido pela Constituição. Para ele, o correto seria afirmar que na base de todo bem jurídico existe um

³⁸⁶ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do delito*. São Paulo: Cia dos Livros, 2015, p. 5. No mesmo sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

³⁸⁷ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do delito*. São Paulo: Cia dos Livros, 2015, p. 5-6.

³⁸⁸ No mesmo sentido, ainda no Brasil, vale referir a posição defendida por Ana Elisa Bechara, para quem “deve-se considerar os bens jurídicos protegidos pelo direito penal como concretizações dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, mai./ago., 2009. p. 20).

³⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte general*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996, p. 59.

direito fundamental, que pode dar lugar a diversos bens jurídicos, que mereçam distinta proteção penal³⁹⁰. Embora seja necessário o vínculo entre a categoria do bem jurídico e um direito fundamental – o que corresponde a um limite material relevantíssimo à atividade de criação das normas penais –, o legislador estaria legitimado a estabelecer os limites da proteção penal e a diferente tutela penal que merece cada um dos bens jurídicos, utilizando para isso critério político-criminais³⁹¹.

Em síntese, as mais sofisticadas teorias do delito produzidas nas mais prestigiadas escolas jurídico-penais do mundo convergiram para discutir a legitimidade do direito penal a partir da categoria do bem jurídico, transversal a todo esse debate. Para as mais diversas correntes doutrinárias, o direito penal só se legitima na perspectiva de proteção ou tutela de bens jurídicos. Algumas divergências surgem no momento de definir quais seriam os bem jurídicos passíveis de tutela pelo direito penal. Para alguns, só seria possível criminalizar condutas que possam ofender bens jurídicos de relevância constitucional (explícita ou implicitamente reconhecidas como tal)³⁹². Para outros, só seria possível criminalizar condutas que possam ofender bens jurídicos essenciais para a pessoa humana (ou, dito de outro modo, seus direitos fundamentais). Finalmente, há, ainda, outras perspectivas – próximas a essa que defende a integral personalização do bem jurídico – que defendem que o bem jurídico é um pressuposto de que a pessoa necessita para sua auto realização na vida social (conceito que se aproxima de certas compreensões sobre o conteúdo da dignidade humana³⁹³).

Todas essas teorias, como se viu, trabalham com a ideia de que é possível averiguar a legitimidade da criação da norma penal incriminadora a partir da identificação do bem jurídico por ela tutelado (ou pressuposto, na linguagem de Juarez Tavares). Em primeiro lugar, seria juridicamente ilegítima (inconstitucional) a criação de qualquer norma incriminadora que não

³⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*: parte general. Valência: Tirant lo Blanch, 1996, p. 91.

³⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*: parte general. Valência: Tirant lo Blanch, 1996, p. 91.

³⁹² V., nessa direção na doutrina brasileira, BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, mai./ago., 2009, p. 20.

³⁹³ Luís Roberto Barroso, em precioso trabalho sobre o tema, afirmou que “[a] dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas” (BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação). Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

tenha como pressuposto a tutela ou a proteção de um bem jurídico. Em segundo lugar, tais teorias, vistas em seu conjunto, conduziriam à conclusão de que seriam aprioristicamente inconstitucionais todas as normas incriminadoras que protejam bens jurídicos (i) contrários à Constituição, (ii) irrelevantes sob o prisma constitucional, (iii) não fundamentais para a pessoa humana, ou, ainda, (iv) que não tenham em sua base um direito fundamental.

Essas propostas de delimitação do conteúdo possível do direito penal em sociedades democráticas partiram de estudos da dogmática penal. O papel desempenhado pelas Constituições na definição da substância do direito penal – e, portanto, na limitação do legislador penal a partir de conteúdos pré-determinados pelas normas constitucionais – teve seu desenvolvimento teórico delegado aos teóricos do direito penal, notadamente, como no caso brasileiro, à teoria do delito. O presente trabalho pretende discutir o papel que as Constituições exercem em relação ao direito penal a partir do direito constitucional e, mais precisamente, a partir da teoria dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional. Essas perspectivas não são, necessariamente, incompatíveis. Ao contrário: a enorme contribuição oferecida pela teoria contemporânea do delito será amplamente utilizada e recodificada a partir do referencial teórico construído pelo direito constitucional. O objetivo deste trabalho, nesse ponto, reside em superar as dificuldades de comunicação entre a dogmática penal e a teoria da constituição e da jurisdição constitucional.

2.4.2 Constituição-limite e Constituição-fundamento a partir da ótica do direito constitucional contemporâneo: da predefinição apriorística dos bens jurídicos passíveis de tutela pelo direito penal ao controle da proporcionalidade das normas incriminadoras

Como se disse no subtítulo anterior, a dogmática penal se ocupou amplamente do tema da legitimidade da intervenção estatal nos direitos individuais por meio do direito penal a partir da ótica do bem jurídico, categoria que se mostrou transversal ao debate sobre o conteúdo possível ou necessário do direito penal em sociedades democráticas³⁹⁴. A forte influência da Escola de Frankfurt nesse debate se reflete, no Brasil, na extensa obra de Juarez Tavares. Sua

³⁹⁴ O percurso histórico da categoria do bem jurídico está estreitamente vinculada ao objetivo de determinar aquilo que merece ser protegido pelo direito penal. Nesse sentido: MIR PUIG, Santiago. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites al ius puniendi”, In: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 14, 1989-1990, p. 203-216. Em outra obra, o mesmo autor ressalta que, junto ao sentido político-criminal do conceito de bem jurídico, existe um sentido normativo ou dogmático de objeto efetivamente protegido pela norma penal. V., sobre o tema, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 9ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 161.

contribuição doutrinária parte da premissa de que seria possível delimitar, de forma apriorística – com base no princípio da dignidade humana –, quais bens jurídicos seriam passíveis de tutela (proteção ou mera pressuposição) pela norma penal incriminadora³⁹⁵. Em sentido semelhante, ainda no Brasil, vale referir a posição defendida por Ana Elisa Bechara, para quem “*deve-se considerar os bens jurídicos protegidos pelo direito penal como concretizações dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais*”³⁹⁶.

Tanto a teoria pessoal do bem jurídico, cujo desenvolvimento coube ao ex-Vice-Presidente do Tribunal Constitucional alemão Winfried Hassemer³⁹⁷, quanto as teorias que convergem para a delimitação dos bens jurídicos passíveis de tutela a partir dos direitos fundamentais ou dos bens jurídicos de relevância constitucional pretendem não apenas desenvolver uma crítica externa (política ou ideológica) ao direito penal, mas também produzir resultados práticos na contenção do poder punitivo³⁹⁸. Nesse ponto, é possível extrair dessas teorias sobre o bem jurídico – que tendem à sua personalização³⁹⁹ – os seguintes resultados: seriam inconstitucionais as normas incriminadoras que tutelem bens jurídicos contrários à Constituição, bens jurídicos não fundamentais para a pessoa humana, ou, ainda, bens jurídicos que não tenha em sua base um direito fundamental. Sob o ponto de vista defendido na Itália por Bricola, seriam inconstitucionais as normas incriminadoras que protejam bens jurídicos irrelevantes sob o prisma constitucional⁴⁰⁰; já sob a teoria defendida na Espanha por Muñoz

³⁹⁵ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Edição especial de lançamento, 1992, p. 75 e ss.

³⁹⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, mai./ago., 2009, p. 20. A autora, entretanto, não admite conceber a Constituição como um “supercódigo totalizante”. V. SILVA, Ana Elisa Liberatore. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2010. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 46.

³⁹⁷ V. HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: BAIGÚN, David *et al.* *Estudios sobre la Justicia Penal: Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 69.

³⁹⁸ Para essa visão, a teoria do bem jurídico exigiria do legislador penal uma prudência maior no momento de elaboração da norma, vale dizer, uma demonstração do substrato empírico protegido pela norma proibitiva. V. HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: BAIGÚN, David *et al.* *Estudios sobre la Justicia Penal: Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 69.

³⁹⁹ O principal objetivo dessa teoria pessoal do bem jurídico seria a funcionalização dos interesses gerais em relação aos da pessoa, deduzindo os bens sociais e estatais a partir daqueles titularizados pela pessoa humana. Assim, os interesses gerais somente poderiam ser tutelados pela norma penal na medida em que sirvam para os interesses pessoais, isto é, desde que indiretamente também o sejam da pessoa, vale dizer, indisponíveis ao indivíduo. V. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, p.106-113.

⁴⁰⁰ No Brasil, uma formulação teórica próxima à tese defendida pela Escola de Bolonha, V. LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

Conde seriam inconstitucionais as normas incriminadoras que não tutelem bem jurídico que tenha em sua base um direito fundamental.

Todas essas formulações, embora tenham partido da dogmática penal, se encontram na intersecção entre o direito penal e o direito constitucional: pretendem estabelecer critérios materiais de legitimidade da intervenção penal a partir da categoria do bem jurídico e do conteúdo que a ele atribuem. Em alguma medida, todas elas intentam delimitar o conteúdo material do bem jurídico – e, por consequência, do legislador penal⁴⁰¹ – a partir da Constituição. Tanto o critério mais elástico da relevância constitucional do bem jurídico, como os critérios mais estritos que caracterizam o bem jurídico a partir dos direitos fundamentais ou mesmo do princípio da dignidade humana (para alguns, direito à dignidade humana), buscam a definição do bem jurídico a partir do sistema constitucional vigente⁴⁰².

No entanto, a despeito da sua alta relevância jurídica, tais formulações doutrinárias não oferecem referencial teórico e metodológico adequados para a pretensão de trazer o direito penal para o centro do constitucionalismo contemporâneo ou para tornar operativos os princípios constitucionais no controle jurisdicional da constitucionalidade das leis penais⁴⁰³. Este trabalho pretende traduzir o esforço teórico desenvolvido em torno da categoria do bem jurídico para a linguagem do direito constitucional e, mais precisamente, para a metodologia

⁴⁰¹ Schünemann, ao analisar a primeira fase da teoria do bem jurídico, iniciada por Beccaria, mostra que em todo esse percurso histórico sempre se mostrou clara uma preocupação, baseada em diferentes argumentos e perspectivas teóricas, em limitar o arbítrio do legislador no momento da criação de tipos penais. V. SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p.197-226.

⁴⁰² V, nesse sentido, SAYAS SIMÓN, Sergio. *Alcance del bien jurídico-penal en el delito de tráfico de drogas: Una alternativa político-criminal despenalizadora*. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Las Palmas de Gran Canaria, p. 14. Disponível em: <https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/18010/4/0726209_00000_0000.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁴⁰³ Micheal Pawlik, na Alemanha, defende que a patologia fundamental, em certa medida, o defeito congênito do pensamento do bem jurídico reside em sua parcialidade: este reduziria erroneamente a complexa problemática da legitimação das normas penais à questão de se subjaz a um tipo penal um substrato merecedor de proteção, isto é, um bem jurídico. V., sobre o tema, PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? In *Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2016, p. 7. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>>. Acesso em: 20 dez. 2018. A propósito da postura indiferente do Tribunal Constitucional Alemão em relação à teoria do bem jurídico, V. SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (ed.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 211-218; GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 82, jan/fev, 2010, p. 165- 185.

do controle de constitucionalidade das leis construída no século XX e aperfeiçoada no início do século atual⁴⁰⁴.

Nesse intuito, algumas divergências entre o modo como a teoria do delito e a teoria constitucional abordam o papel a ser desempenhado pela Constituição em relação ao direito penal se tornarão mais claras. Já há algum reconhecimento atual de que existe um déficit de adaptação funcional da teoria do delito e seus sofisticados desenvolvimentos à terminologia e à gramática de procedência constitucional⁴⁰⁵. A superação desse déficit envolve um trabalho de grande escala e que envolve múltiplas dificuldades. No entanto, é necessário para que os direitos fundamentais no campo penal sejam conduzidos ao lugar de centralidade que lhes cabe no constitucionalismo contemporâneo e na atividade concreta da jurisdição constitucional.

O constitucionalismo contemporâneo angariou amplo consenso em relação à ideia de que a Constituição não fixa todos os conteúdos das normas infraconstitucionais. As normas constitucionais conferem ao legislador e ao intérprete em geral uma *moldura*, que não pode ser superada⁴⁰⁶. Como sustenta Hesse, “*as regulações da constituição não são nem completas nem perfeitas. Sem dúvida, numerosas questões da ordem estatal são normalizadas até em pormenores; mas âmbitos amplos, também da vida estatal em sentido restrito, são ordenados somente por determinações de amplitude material mais ou menos grande*”⁴⁰⁷. Para Virgílio Afonso da Silva, embora a ideia de Constituição-moldura padeça de inconsistências, a tese de que nem tudo está pré-definido pela constituição e que inúmeras questões substanciais estão sujeitas à simples decisão da maioria parlamentar no processo legislativo ordinário está correta⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Canotilho afirmou que a teoria do bem jurídico se desenvolveu com certo distanciamento do direito constitucional. V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, jan/fev, 2006, p. 340.

⁴⁰⁵ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 163.

⁴⁰⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. No mesmo sentido, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1272.

⁴⁰⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 38.

⁴⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves et al (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 920.

Partindo dessa premissa, as ambiciosas propostas oriundas da dogmática penal de pré-determinar uma lista fechada de bens jurídicos passíveis de tutela penal a partir da Constituição – o que implica reconhecer a inconstitucionalidade de qualquer norma penal destinada a tutelar ou que pressuponha bem jurídico irrelevante constitucionalmente (Bricola), não relacionado aos interesses e direitos fundamentais da pessoa humana (Juarez Tavares e Winfred Hassemer) ou que não tenham em sua base um direito fundamental (Muñoz Conde)⁴⁰⁹ – parecem estreitar demasiadamente, de forma apriorística, a moldura (Müller)⁴¹⁰ ou o quadro-ordem (Canotilho) representados pela Constituição.

Nesse ponto, concorda-se com a visão de Massimo Donini de que o objetivo da dogmática penalista de desenvolver um pretensioso programa constitucional para a definição do delito – que pode ser descrito pelo propósito de definir prévia e definitivamente quais seriam os conteúdos possíveis do direito penal a partir da seleção dos bens jurídicos passíveis de tutela penal – constitui um elemento importante da crise atual da abordagem constitucionalista sobre o tema⁴¹¹. A teoria do delito, nesse ponto, não convenceu o direito constitucional e particularmente a jurisdição constitucional: “*o programa de Franco Bricola que previa um controle por parte da Corte de todas as normas penais que não tutelassem bens de relevância constitucional contra agressões de perigo concreta não passou de um mero programa político*”⁴¹². Com base nesse tipo de preocupação, Ersnt Forsthof, na Alemanha, criticou as teorias que viam a Constituição como uma espécie de genoma jurídico do qual derivava inteiramente o Código Penal⁴¹³.

De acordo com Donini, a promessa da dogmática penal caracterizada pela pretensa capacidade de selecionar substancialmente, a partir da Constituição, os bens jurídicos passíveis de tutela pela norma penal e as técnicas de proteção por ela utilizadas deram origem à crise

⁴⁰⁹ É possível afirmar que o princípio da dignidade humana está presente, em maior ou menor intensidade, em todos os direitos fundamentalmente materiais. Assim, coincidiriam as propostas que estabelecem como base axiológica para o direito penal os direitos fundamentais ou a dignidade da pessoa humana. V., SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 8.

⁴¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁴¹¹ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010.

⁴¹² DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 278, tradução livre do autor.

⁴¹³ V. NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 11-48.

atual sobre as concepções constitucionais do ilícito penal⁴¹⁴. Para ele, nenhuma definição substantiva de crime – a partir da definição prévia dos bens jurídicos passíveis de tutela ou suposta proteção pelas normas penais – se mostrou, ao mesmo tempo, persuasiva e cogente (ou vinculativa)⁴¹⁵. *De um lado*, a fórmula da proteção exclusiva de bens jurídicos é demasiadamente genérica, passível de acolhimento por todos, mas quase inteiramente dispensável sob o ponto de vista da contenção do poder punitivo. *De outro lado*, a ideia de que somente os bens jurídicos constitucionais poderiam ser tutelados pelos tipos penais é igualmente ampla e genérica, se neles se incluem, como propõe Bricola, bens de relevância constitucional implícita⁴¹⁶; ao passo que a ideia de que somente de que somente bens jurídicos de relevância constitucional expressa se mostraria muito restrita e, por isso, pouco convincente⁴¹⁷.

Ainda segundo Donini, a crise atual do modo de aproximação constitucional sobre esse tema – herdado de teorias abrangentes sobre o bem jurídico, tais como a defendida na Itália por Bricola – é derivada de duas situações opostas, mas convergentes. A primeira é ter exigido ou dado a impressão de deduzir muito da Constituição, como se quisesse impor à história um vínculo teleológico de dependência de uma verdade revelada pré-constituída ao modelo da sociedade⁴¹⁸. A segunda é situação é que, uma vez que foi perdida a capacidade atrativa do modelo forte e bastante fechado de vínculo constitucional defendido por essas teorias, perdeu-se também um método seguro de construção de lei penal que fosse legítimo sem ter que depender exclusivamente das trocas eleitorais⁴¹⁹.

Neste trabalho, defende-se a ideia de que a qualidade jurídica do bem jurídico pressuposto ou tutelado pela norma penal incriminadora – mais ou menos relevante

⁴¹⁴ V. DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010.

⁴¹⁵ V. DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010.

⁴¹⁶ V. DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 320.

⁴¹⁷ DONINI Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale*. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà. Milano: Giuffrè, 2004, p. 70.

⁴¹⁸ Essa visão é contraposta por Hassemer e por Muñoz Conde, que defendem que, mesmo sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico, essa categoria ainda permaneceria sendo um conceito aberto, permitindo amplo espaço para as escolhas do legislador. V. HASSEMER, Winfred & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, pp.106-113.

⁴¹⁹ DONINI Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale*. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà. Milano: Giuffrè, 2004, p. 70.

constitucional, mais ou menos próxima da qualidade de direito materialmente constitucional, mais ou menos importante para a garantia da dignidade humana – deve ser levada em consideração no momento da averiguação da sua proporcionalidade e, portanto, da sua legitimidade constitucional. A opção prevalecente na melhor dogmática penal foi a de estabelecer de antemão (ou aprioristicamente) quais seriam os bens jurídicos passíveis de tutela penal – com maior amplitude (bens jurídicos de relevância constitucional explícita ou implícita) ou menor amplitude (bens jurídicos estritamente relacionados aos direitos fundamentais da pessoa humana) – e daí extrair quais seriam as normas penais legítimas e quais seriam as normas penais ilegítimas sob o prisma da Constituição⁴²⁰.

Para esse tipo de formulação dogmática, normas penais que tutelem bens jurídicos que não tenham *status* ou relevância constitucional (ao menos implícita), seriam ilegítimas. Esse modelo de raciocínio jurídico não é o mais adequado para se tornar operativo no contexto do atual estado da arte da teoria da constitucional e, especialmente, da jurisdição constitucional⁴²¹. Esse distanciamento entre a dogmática penal e a dogmática dos direitos fundamentais foi bem percebida por José Cruz:

Até recentemente, no direito comparado, uma boa parte dos argumentos jurídico-penais não levaram em conta a dogmática dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito ao juízo constitucional da proporcionalidade, apesar de seu conteúdo e postulados essenciais serem proclamados e desenvolvidos fragmentariamente através dos princípios de exclusiva proteção de bens jurídicos, lesividade, necessidade, utilidade e subsidiariedade, entre outros. O desenvolvimento da dogmática dos princípios e limites do *ius puniendi* sofreu uma falha estrutural quando se trata de relacioná-los aos mecanismos de concretização dos direitos fundamentais⁴²².

⁴²⁰ Como bem observou Donini, os evidentes limites para a delimitação e para a concretização dessa proposta constitucionalista de tipo “fundacional” são menos insuportáveis do que a ausência de limites à livre gestão da política criminal pelos partidos políticos. DONINI, Massimo. *Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites*. La experiencia italiana. VV.AA. *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad, 2001, p. 227.

⁴²¹ Roxin reconhece que as tentativas de construir um conceito material de bem jurídico capaz de impor limites ao legislador não se mostraram bem-sucedidas na prática e não foram recepcionadas pelo Tribunal constitucional alemão como parâmetro para controlar a legitimidade das normas penais, que acabou preferindo o caminho da utilização do critério da proporcionalidade. V. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.179-209.

⁴²² CRUZ, José Ángel Fernández. El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Santiago, ano 17, n. 01, p. 65, 2010, tradução livre do autor.

A restrição aos direitos fundamentais dos indivíduos imposta ou pressuposta pela norma penal incriminadora deverá ter sua legitimidade constitucional averiguada, em especial, por meio da sua submissão ao teste da proporcionalidade (em sua tríplice dimensão da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴²³). Alguns problemas decorrentes da falha de comunicação entre os sistemas penal e constitucional – que podem ser bem visualizados pelo déficit de compatibilização entre os avanços da dogmática penal e a gramática do direito constitucional – já têm sido observados ao longo dos últimos anos por parte da doutrina. Como reconheceu Donini, seria plenamente admissível, por exemplo, a tutela penal de um bem jurídico que não assuma relevância constitucional ou fundamentalidade material, desde que o legislador se limite a aplicar penas de natureza pecuniária ou restritiva de direito, sem cominar pena privativa de liberdade⁴²⁴. Também seria possível cogitar da ilegitimidade constitucional da tutela penal de certas modalidades de lesão de um bem jurídico dotado de relevância constitucional ou até mesmo de fundamentalidade material⁴²⁵.

Portanto, defende-se que a conclusão definitiva sobre a constitucionalidade da norma penal deve depender, em grande medida, da sua capacidade de passar pelo filtro do princípio da proporcionalidade. Há pelo menos cinco razões que recomendam a substituição da teoria do bem jurídico pelo juízo de proporcionalidade no controle de constitucionalidade de leis penais. Em primeiro lugar, o princípio da proporcionalidade, tal como formulado por Alexy, reconhece as disputas interpretativas e tenta construir uma ferramenta para resolvê-las, baseada em uma teoria da argumentação jurídica compatível com a estrutura normativa dos direitos fundamentais, com uma teoria ampla do conteúdo por eles protegido *prima facie* e com uma teoria externa sobre os limites das restrições a esses direitos⁴²⁶. Em segundo lugar, o princípio da proporcionalidade permite considerar os argumentos do legislador na determinação definitiva do conteúdo dos direitos fundamentais⁴²⁷. Em terceiro lugar, o juízo de

⁴²³ V., sobre o tema, PULIDO, Carlos Bernal, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes”, In: *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 61-87.

⁴²⁴ DONINI, Massimo. *Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites*. La experiencia italiana. VV.AA. Responsa Iurisperitorum Digesta. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad, 2001, p. 226.

⁴²⁵ DONINI, Massimo. *Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites*. La experiencia italiana. VV.AA. Responsa Iurisperitorum Digesta. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad, 2001, p. 227.

⁴²⁶ Adote-se como correta a visão segundo a qual os direitos fundamentais pressupõem um suporte fático amplo e a adoção da teoria externa dos limites. V. SILVA, Virgílio Afonso. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006.

⁴²⁷ Esse aspecto será tratado com maior profundidade no capítulo 5 deste trabalho.

proporcionalidade se abre à consideração os princípios formais que possibilitam atribuir peso, na ponderação, às dimensões institucional e autoritativa presentes na produção de leis penais⁴²⁸. Em quarto lugar, esse princípio possibilita graduar a intensidade do controle de constitucionalidade em razão da intensidade da restrição dos direitos fundamentais e da certeza das premissas empíricas sobre as quais se apoiam os argumentos a favor e contra a medida legislativa⁴²⁹. Por fim, permite atribuir força normativa aos direitos fundamentais sem definir um ponto fixo em que os princípios relevantes se otimizam, o que abre uma importante margem de concretização ao legislador⁴³⁰.

O importante é notar que a maior ou menor relevância constitucional, bem como a relação (ou proximidade) do bem jurídico tutelado com os direitos fundamentais da pessoa humana (núcleo material das Constituições democráticas) terão papel fundamental no momento da averiguação da proporcionalidade da norma penal incriminadora⁴³¹. Os fatores relevância e proximidade deverão ser considerados não apenas na verificação dos subprincípios da adequação e da necessidade, mas especial e notadamente no controle da legitimidade da norma penal sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, momento em que a qualidade jurídica do bem jurídico tutelado e a intensidade da restrição aos direitos serão levadas em consideração e devidamente ponderadas.

O juízo de proporcionalidade (em sentido estrito) da norma penal implicará uma comparação entre o direito fundamental restringido e o direito fundamental ou princípio constitucional cuja realização é buscada por meio da medida restritiva. Nesse momento, caberá ao intérprete (i) identificar a intensidade da restrição ao direito fundamental, (ii) determinar a importância da realização do princípio antagônico ao direito que fundamenta a restrição e

⁴²⁸ Esse aspecto também será tratado com maior profundidade no capítulo 5 deste trabalho.

⁴²⁹ Esse aspecto também será tratado com maior profundidade no capítulo 5 deste trabalho.

⁴³⁰ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 96-100.

⁴³¹ Em sentido aproximado ao defendido neste trabalho, especialmente no que diz respeito à necessidade de reduzir a importância do conceito pré-determinado de bem jurídico e valorizar o princípio da proporcionalidade como critério metodológico de controle da legitimidade das normas penais, V. HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 454-6. Também nesse sentido, sem abandonar a teoria do bem jurídico, mas agregando a ela a utilização criteriosa da proporcionalidade como método de controle da legitimidade das normas penais, V. HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico: O que há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 459-475.

(iii) verificar se a importância da realização do fim perseguido é apta a justificar a intervenção no direito fundamental. Esse processo de ponderação pressupõe uma comparação entre os efeitos negativos e os efeitos positivos que a medida deflagra. Essa operação argumentativa consistente “*em identificar o bem jurídico dotado de maior relevância pressupõe um processo mais amplo, de atribuição de pesos, o qual deve envolver, de um lado, a mensuração quantitativa concreta do grau de restrição do direito restringido e de promoção da finalidade buscada, e, de outro, a valoração da importância material que os bens jurídicos em jogo ostentam no sistema constitucional*”⁴³².

Nesse processo, o peso concreto do princípio é definido, em síntese, “*pela intensidade da restrição ao direito fundamental e ao grau de promoção do princípio que a justifica*”, enquanto que o peso abstrato é identificado “*a partir de um processo de valoração da sua importância material no âmbito do ordenamento*”, ou, dito de outro modo, da “*relevância axiológica que o princípio assume no sistema constitucional que determinará seu peso abstrato*”, operação que é feita “*a partir de um processo de valoração da sua importância material no âmbito do ordenamento*”, ou seja, da sua relevância axiológica no sistema constitucional⁴³³. Para Daniel Sarmento, o cotejo do peso abstrato dos bens jurídicos envolvidos não implica instituir uma hierarquia rígida entre os bens ou direitos presentes no nosso ordenamento, mas sim de “*reconhecer que determinados interesses recebem uma proteção maior do ordenamento constitucional do que outros, e que por isso, em hipótese de conflito, existe uma tendência prima facie de que prevaleçam*”⁴³⁴. Assim, o peso abstrato de determinado bem jurídico deve ser aferido levando em consideração diversos elementos, dentre os quais: “*(a) o eventual tratamento dado a ele pelo texto constitucional; (b) a sua proximidade em relação aos valores mais fundamentais do ideário do constitucionalismo democrático,*

⁴³² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 189.

⁴³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 190 e ss.

⁴³⁴ SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 162-163.

notadamente a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a autonomia existencial e o Estado Democrático de Direito”⁴³⁵.

A ponderação exigida como etapa da averiguação da legitimidade constitucional da restrição a direitos fundamentais por meio do princípio exige, portanto, avaliar o peso abstrato e o peso concreto dos princípios ou valores envolvidos, para então, aplicar a *lei da ponderação* formulada por Alexy, segundo a qual “*quanto maior é o grau de afetação ou de não satisfação de um dos princípios, maior deve ser a importância da satisfação do outro*”⁴³⁶. O peso abstrato está ligado ao grau de fundamentalidade do direito: “*um direito ostenta um grau de fundamentalidade maior conforme seja mais relevante para viabilizar o atingimento, pelas pessoas, de níveis maiores de humanização e de dignidade*”, ou, ainda, dito de outro modo, possuem maior peso abstrato os direitos ou princípios que possuam maior “*capacidade de contribuir para a implementação do princípio da dignidade humana, do princípio da autonomia, do princípio democrático e do princípio da igualdade*”⁴³⁷. Depois de realizada a atribuição de pesos (material e quantitativo) aos princípios em jogo, parte-se para uma comparação entre a relevância da restrição ao direito fundamental e a importância do fim que esta promove, tudo a partir da lei da ponderação, segundo a qual, para ser constitucional, uma medida restritiva de direito deve apresentar, pelo menos, uma relação de correspondência entre a gravidade da restrição ao direito fundamental e a relevância da implementação do princípio constitucional que fundamenta essa restrição.

Sem exaurir esse tema neste momento – que será abordado com a devida profundidade em capítulo próprio deste trabalho –, pretende-se demonstrar que o princípio da proporcionalidade é mais adequado e promissor para verificar a legitimidade constitucional das leis penais em comparação com as propostas desenvolvidas pela dogmática penal de definir prévia e definitivamente quais seriam os conteúdos possíveis do direito penal a partir da seleção

⁴³⁵ SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 163.

⁴³⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 192.

⁴³⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 191.

dos bens jurídicos passíveis de tutela penal. Esse é o modo mais adequado de submeter ao crivo da jurisdição constitucional a legitimidade das normas penais. Isso por diversas razões.

Primeiro, deve-se ter em conta o enorme poder de atração gerado pelo grande desenvolvimento teórico e jurisprudencial que o princípio da proporcionalidade ganhou nas últimas décadas. Sem desprezar as críticas que lhe são dirigidas – e que serão analisadas em maior profundidade em capítulo subsequente deste trabalho –, o princípio da proporcionalidade se disseminou e ganhou uma força surpreendente nos últimos anos, sendo atualmente o principal critério adotado pelas Cortes constitucionais e por Cortes supranacionais para controlar a legitimidade das restrições impostas aos direitos fundamentais⁴³⁸.

Segundo, porque, como já foi percebido por parte da doutrina e da jurisprudência, o princípio da proporcionalidade apresenta enorme capacidade para aglutinar e dar adequado tratamento argumentativo a grande parte dos princípios e limites desenvolvidos historicamente pela dogmática penal⁴³⁹. É de enorme importância para o exercício ponderativo a atribuição de pesos abstrato e concreto ao bem jurídico tutelado e aos direitos restringidos pela norma penal. Nesse momento, as considerações sobre a relevância (ou irrelevância) constitucional do bem jurídico tutelado, sobre a fundamentalidade material (ou não fundamentalidade) do direito pressuposto pelo bem jurídico, bem assim sobre a proximidade (ou distância) do bem jurídico em relação ao conteúdo da dignidade da pessoa humana terão importância decisiva no resultado da filtragem da norma penal pelo princípio da proporcionalidade. Por isso, a proposta defendida por este trabalho não descarta a imensa contribuição que a dogmática penal ofereceu sobre o tema ao discutir com tanta profundidade a categoria do bem jurídico.

Entretanto, a própria ideia de que o princípio da proporcionalidade pode funcionar como critério para solução de conflitos de normas ou direitos constitucionais é incompatível com a visão segundo a qual se pode selecionar previa e integralmente os bens jurídicos passíveis de tutela penal a partir da Constituição. A legitimidade da norma penal será aferida a partir da aplicação criteriosa e controlada do princípio da proporcionalidade, e não antes dessa operação. Não se desconhece que, na prática, a aplicação dos critérios de pré-seleção dos bens jurídicos

⁴³⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 168.

⁴³⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 127.

passíveis de tutela penal propostos pela dogmática penal e a utilização do princípio da proporcionalidade para verificação da legitimidade da norma penal podem chegar ao mesmo resultado em determinadas situações. Isso, contudo, não retira a utilidade teórica e prática de adaptação da proposta formulada pela dogmática penal à luz da criteriosa aplicação do princípio da proporcionalidade no controle da constitucionalidade das normas penais incriminadoras⁴⁴⁰.

Terceiro, porque, por meio do princípio da proporcionalidade se pode conferir efetiva aplicação prática, notadamente no campo da jurisdição constitucional, aos limites substanciais do direito penal, em especial aos princípios da lesividade, da *ultima ratio*, da fragmentariedade, entre outros⁴⁴¹. Se é verdade, como afirma Hassemer, que a dogmática penal se encontra atualmente em grau de elaboração e sofisticação teórica maior que a doutrina dos direitos fundamentais⁴⁴², por outro lado essa suposta desvantagem teórica é facilmente compensada pela capacidade prática de utilização do princípio da proporcionalidade no controle jurisdicional das leis penais⁴⁴³.

Quarto, pela alta permeabilidade que o princípio de proporcionalidade possui – especialmente nos primeiros passos do juízo de adequação e necessidade da lei penal – para dar tratamento jurídico adequado aos aspectos empíricos envolvidos na decisão política de criminalizar uma conduta e lhe cominar penas⁴⁴⁴. O elevado grau de desenvolvimento da

⁴⁴⁰ Essa proposta coincide não apenas com o atual estado da arte da teoria dos direitos fundamentais, mas também com a jurisprudência, por exemplo, da Corte constitucional da Colômbia: “Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional. La responsabilidad de los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes (CP art. 6), requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga lesiva. Esto se desprende de la razón de ser de las propias autoridades, a saber, la de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (CP art. 2). Sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución. Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto” (TCC, Sentencia C- 070/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, j. em 22.02.1996).

⁴⁴¹ Mir Pug, por exemplo, assinala que o postulado da *ultima ratio* integra o princípio da proporcionalidade. V. MIR PUIG, Santiago. O Princípio da Proporcionalidade enquanto Fundamento Constitucional de Limites Materiais do Direito Penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n. 1, jan/mar, 2009, p. 13.

⁴⁴² HASSEMER, Winfried. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 97.

⁴⁴³ CRUZ, José Ángel Fernández. El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Santiago, ano 17, n. 01, 2010, p. 67.

⁴⁴⁴ Para Luís Greco, o princípio da subsidiariedade pode funcionar como ponto de encontro entre a política criminal e a realidade empírica captada pela criminologia. V. GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da

criminologia— ciência voltada ao estudo das premissas e resultados empíricos do direito penal – nos mais diversos quadrantes poderá, enfim, encontrar um lugar na teoria dos direitos fundamentais e no controle jurisdicional das normas penais.

Essa proposta não está isenta de críticas e nem tem a intenção de incluir, no âmbito do princípio da proporcionalidade, todas as possibilidades de controle formal e material da constitucionalidade das normas penais. Este trabalho tentará demonstrar que um tratamento metodológico adequado do princípio da proporcionalidade poderá resultar no aperfeiçoamento do deficitário controle jurisdicional da constitucionalidade das normas penais. Apesar disso, a proporcionalidade não é o único instrumento a ser utilizado na proposta mais ampla de constitucionalização do campo penal. Outros parâmetros de controle material – em especial o princípio da dignidade humana em suas diversas dimensões – exercerão função primordial no controle da legitimidade das normas penais com plena autonomia em relação ao princípio da proporcionalidade. Isso até mesmo porque, como advertiu Bernal Pulido, o princípio da proporcionalidade não representa um limite adicional e independente do conteúdo dos direitos fundamentais, mas uma ferramenta interpretativa destinada a estabelecer até onde o direito fundamental limitado tolera as limitações que se lhe impõem⁴⁴⁵.

Também o controle de constitucionalidade formal das leis penais deve passar por uma ampla revisão a partir do princípio democrático e, mais especificamente, por meio do desenvolvimento e da aplicação do princípio da deliberação suficiente em matéria penal, como mais a frente será demonstrado. Além disso, não se pode desprezar o risco de que o princípio da proporcionalidade se afaste da sua vocação no controle da legitimidade das leis penais – “*a contenção do arbítrio estatal, provendo critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais*”⁴⁴⁶ – e passe a ser utilizado não apenas como argumento retórico de justificação dos constantes e irrefletidos movimentos de ampliação da extensão e da intensidade do direito penal⁴⁴⁷, mas, como demonstra a experiência mais recente no Brasil, como argumento

proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 02, n. 3, jul/dez, 2007, p. 266.

⁴⁴⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 528.

⁴⁴⁶ SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 150.

⁴⁴⁷ Cf., sobre o uso da proporcionalidade como recurso argumentativo de expansão do poder punitivo, SAAD-DINIZ, Eduardo. Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal. In: OLIVEIRA, William

para investir a jurisdição constitucional da competência para legislar positivamente contra o réu, a partir da versão do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente. Tal como a teoria do bem jurídico, formulada para impor limitações substanciais ao poder punitivo estatal, se converteu, segundo certas construções doutrinárias de matriz funcionalista⁴⁴⁸, em argumento legitimador de qualquer forma de repressão criminal⁴⁴⁹, é necessário se cercar de cuidados para que o mesmo não ocorra com o princípio da proporcionalidade no campo penal.

Em síntese, entre as ideias extremadas de Constituição-limite como mero critério de limitação formal e bastante restrito ao legislador penal e de Constituição-fundamento como modelo pré-concebido integral de direito penal a partir das normas constitucionais é possível encontrar um termo médio: a Constituição apresenta limites formais ou expressos à atividade legislativa e judicial no campo penal, mas também consubstancia fundamento da criação das normas penais e da sua aplicação. A ideia de que a Constituição configura materialmente, em alguma medida, o direito penal é consensual⁴⁵⁰. Isso não significa, entretanto, que se possa deduzir um Código Penal inteiro, pronto e acabado, a partir de uma leitura unívoca da Constituição.

O modelo que melhor explica a relação entre Constituição e direito penal se baseia, em primeiro lugar, em um consenso frágil fundado na rejeição das ideias extremadas tanto da concepção de Constituição-limite como de Constituição-fundamento. Esse consenso inicial é frágil porque possui denominador comum superficial: é necessário afastar tanto a concepção de

Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito Penal Econômico: Estudos em Homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. 1ªed. São Paulo: LiberArs, 2013, v. 1, p. 469-481.

⁴⁴⁸ V., nesse sentido, JAKOBS, Günther. O que é Protegido pelo Direito Penal: Bens Jurídicos ou a Vigência da Norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 159-162.

⁴⁴⁹ Para compreender as causas dessa inversão da utilização da categoria do bem jurídico – de contenção do poder punitivo para fundamento justificador da sua expansão –, V. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 8, out/dez, 1994, p. 41-51.

⁴⁵⁰ Nesse sentido, teve enorme repercussão em todo o mundo a concepção de bem jurídico defendida por Roxin: “Se pode definir os bens jurídicos como realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garante os direitos humanos e fundamentais do indivíduo. A distinção entre realidades e fins sugere que os bens jurídicos não necessariamente vem dados ao legislador, como ocorre por exemplo com a vida humana, mas que também pode ocorrer que sejam criados porele, como sucede por exemplo no caso dos impostos” (Roxin, Claus, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 448, tradução livre do autor).

que a Constituição deixa o legislador inteiramente livre para definir o conteúdo do direito penal quanto a ideia de que a Constituição não deixa nenhum campo liberado para a decisão discricionária do legislador. Correntes de pensamento bastante diversas entre si convergem para o reconhecimento de que o constitucionalismo atual garante um campo – denominado espaço do *constitucionalmente possível* (Alexy) ou *esfera do decidível* (Ferrajoli)⁴⁵¹ – dentro do qual se situam as questões que não são ordenadas nem proibidas e que, portanto, ficam livres para a tomada de decisões discricionárias pelo legislador. Firmado esse acordo inicial de que a Constituição deve se abrir para diversas concretizações legislativas no campo penal, se iniciam as divergências quanto ao grau de vinculação que a Constituição impõe ao legislador penal e à metodologia adequada para resolver os conflitos constitucionais.

Para Ferrajoli, é possível identificar uma linha divisória nítida entre as *esferas do indecidível* e do *decidível*: a primeira é composta pelos direitos de liberdade e pelos direitos sociais, enquanto que a segunda é formada por questões que extrapolam o conjunto de proibições e mandados contidos na Constituição e que podem ser decididas com a mais ampla liberdade pelo legislador⁴⁵². Essa separação tão nítida entre essas esferas só é possível com a condição de que o conteúdo desses direitos que compõem a esfera do *indecidível* possa ser determinado previamente. A identificação apriorística do sentido desse conjunto de direitos de liberdade e sociais demanda uma redução intensa dos seus conteúdos, de modo a garantir que não entrem em colisão com outros direitos e bens jurídicos fundamentais. Para evitar a colisão entre direitos e bens constitucionais, Ferrajoli adota uma posição tendencialmente minimalista sobre o conteúdo dos direitos fundamentais. O problema da constitucionalidade da lei é encarado por Ferrajoli como uma colisão de regras de direito: uma regra superior (direitos de liberdade e direitos sociais) e uma regra inferior (lei)⁴⁵³. Se a lei contrariar o conteúdo de um direito fundamental, será inconstitucional. Já se a lei consubstanciar decisão sobre questão que se situe fora do espectro dos direitos fundamentais, será constitucional.

⁴⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. “Principia iuris”: una discusión teórica. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, p. 423.

⁴⁵² FERRAJOLI, Luigi. “Principia iuris”: una discusión teórica. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, p. 427-428.

⁴⁵³ FERRAJOLI, Luigi. “Principia iuris”: una discusión teórica. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, p. 428 e ss.

De outro lado, para Alexy a fronteira que separa os espaços, de um lado, do *constitucionalmente ordenado* e *constitucionalmente proibido*, e, de outro, do espaço do *constitucionalmente permitido* não corresponde a uma linha nítida ou claramente definida, como defende Ferrajoli. Alexy defende que essa fronteira é móvel e depende do modo como se relacionam as diversas normas constitucionais em relação ao caso concreto a ser decidido. Esse método menos rígido de controle da constitucionalidade de leis em face da Constituição tem em sua base uma concepção dos direitos fundamentais como princípios (que ordenam que seu objeto seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas), e não como regras jurídicas (que determinam a exata medida da sua satisfação). Essa concepção adota uma maior amplitude possível do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o que os coloca em previsível rota de colisão com outras normas constitucionais. O juízo de constitucionalidade de uma lei dependerá de uma operação argumentativa mais complexa do que aquela proposta por Ferrajoli na medida em que exige a solução do conflito entre os princípios que jogam contra e a favor da constitucionalidade da lei.

O garantismo de Ferrajoli tem como pressuposto a sua visão sobre o papel da Constituição em relação ao legislador: a sua visão cognitivista da interpretação jurídica supõe que o juiz possa identificar com precisão os conteúdos materiais da Constituição (em especial dos direitos fundamentais) que servirão de premissa maior para um raciocínio de mera subsunção em relação à lei controlada. Essa teoria aparenta atribuir maior força normativa e um papel mais decisivo às normas constitucionais na medida em que facilitaria a identificação das zonas de conflito entre as leis e os direitos fundamentais. Mas a teoria de Ferrajoli, ao não dar lugar para as zonas de conflito entre normas constitucionais, gera uma dificuldade adicional que reside em estabelecer de antemão o que os direitos fundamentais ordenam, proíbem ou permitem ao legislador. É aqui que sua teoria encontra limitações.

A teoria garantista de Ferrajoli oferece grande contribuição para a interpretação das normas penais ao pressupor a satisfação da exigência de estrita legalidade como condição para que o poder cognitivo do juiz não se degenere em um poder decisionista de caráter moral ou político. Essa exigência de clareza e determinação dos dispositivos normativos deve ser maximizada na interpretação de todas as normas penais que restringem direitos, especialmente das incriminadoras. Entretanto, o constitucionalismo contemporâneo convive em diversos países do mundo com Constituições repletas de cláusulas deliberadamente abertas. Se a imprecisão da lei penal é vista com desconfiança e deve ser repudiada pela jurisdição

constitucional, a relativa imprecisão e abertura do texto constitucional, além de inevitável, constitui um modo de equilibrar a proteção de direitos fundamentais com o princípio democrático, permitindo, ainda, que as sucessivas rodadas interpretativas da Constituição possibilitem a ampliação do âmbito de proteção das suas normas.

A relação forte entre Constituição e direito penal proposta por Ferrajoli acaba tendo baixo grau de operatividade, o que retira grande parte da capacidade de sua teoria de explicar e resolver problemas atuais de déficit de constitucionalização do direito penal⁴⁵⁴. *Primeiro*, porque sua teoria pressupõe a possibilidade de definição precisa do conteúdo de direitos fundamentais que imponham deveres de ação e abstenção claros ao legislador penal. Porém, diante da dificuldade de alcançar consensos amplos sobre o que os direitos fundamentais ordenam, proíbem ou permitem ao legislador, o direito constitucional e a jurisdição constitucional acabam desprovidos de instrumentos efetivos para controlar a constitucionalidade das leis penais.

Segundo, porque a tentativa de situar os conflitos entre leis penais e Constituição no modelo de colisão de regras jurídicas tem baixa capacidade de persuasão, tendo em vista que é amplamente aceita a ideia de que a maioria dos direitos e garantias fundamentais se apresentam como verdadeiros princípios jurídicos, passíveis de realização em variados graus. A maior parte das controvérsias sobre a constitucionalidade de leis penais demanda mais do que uma operação de subsunção da lei a uma premissa maior (dispositivo constitucional) sobre a qual inexistia disputa interpretativa razoável. *Terceiro*, porque a falta de uma metodologia segura para enfrentar as colisões entre princípios constitucionais paralisa grande parte do esforço de intensificar o controle de constitucionalidade de leis penais.

A preocupação de Ferrajoli em retomar a importância do positivismo no direito penal, elevando a exigência de clareza e precisão de suas normas, deve ser valorizada e tornada realidade no sistema de justiça criminal. Todavia, essa preocupante erosão que o princípio da

⁴⁵⁴ A proposta teórica de Ferrajoli, nesse ponto, é identificada por Donini como um dos postulados da “aristocracia penal”. Para Donini, Ferrajoli defendeu a ideia de que as normas-princípio são objeto de uma ciência superior, de um “super direito penal” anteposto ao legislador histórico que tem que deduzir as leis dessa fonte de razão (neojusnaturalismo constitucional ou constitucionalismo extremo). V. DONNINI, Maximo: “La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico”. In: ZAPATERO, Luis Arroyo, et al (coord.). *Crítica Y Justificación Del Derecho Penal Em El Cambio De Siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

legalidade tem sofrido no campo penal não autoriza supor que seja possível encontrar um conteúdo imanente de cada um dos direitos fundamentais capaz de limitar com a mesma clareza e precisão a atividade legislativa. É mais viável apostar que a clareza e precisão das leis penais possam limitar a atividade interpretativa dos juízes do que na proposta de que uma definição precisa do conteúdo dos direitos fundamentais possa oferecer o mesmo grau de limitação à atividade legislativa. Por isso, a proposta de Alexy, nesse ponto, parece mais promissora. Assim, defende-se, neste trabalho, que o caminho mais produtivo para a elaboração de uma teoria do controle de constitucionalidade de leis penais parte (i) da adoção de uma teoria coerente sobre a estrutura dos direitos fundamentais, qualificando-os como princípios, (ii) da aceitação de uma teoria que atribua maior amplitude ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, acolhendo a teoria externa sobre seus limites, e (iii) da estruturação do roteiro argumentativo de solução dos conflitos entre princípios por meio do princípio da proporcionalidade⁴⁵⁵.

As leituras extremadas da ideia de Constituição-fundamento, que se aproximam de algumas formulações teóricas da dogmática penal e sugerem a possibilidade de seleção prévia e definitiva dos bens jurídicos passíveis de tutela penal a partir da leitura da Constituição, não se compatibilizam com o atual estado da arte da teoria dos direitos fundamentais e tampouco demonstram efetiva capacidade operativa para aperfeiçoar o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas penais. A teoria proposta por Ferrajoli coincide com esse modelo extremado de Constituição-fundamento no campo penal, apostando na recuperação da capacidade da categoria do bem jurídico penal (extraído aprioristicamente da Constituição) limitar o legislador penal⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Como Gloria Mesa afirmou em artigo que compara a atuação da jurisdição constitucional no campo penal na Colômbia e no Chile, o princípio da proporcionalidade está excluído do controle de normas penais substantivas nos casos em que se discutem vícios de procedimento ou infração a limites formais ao poder punitivo, como as exigências derivadas da legalidade. Entretanto, seu emprego teria lugar em todos os casos em que se apresenta uma colisão entre o bem jurídico que o legislador busca proteger e os direitos fundamentais que são afetados pela tipificação da conduta proibida e a determinação da pena a ser imposta. V. LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales: Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Rev. derecho (Valdivia)*, vol. 24, n. 2, 2011, p. 133. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-09502011000200005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁴⁵⁶ “Após a Segunda Guerra Mundial, com o renascimento de uma cultura penal liberal e democrática, o conceito de bem jurídico recuperou o seu caráter garantista, graças ao trabalho de um notável número de penalistas que, de um lado, restauraram sua referência semântica a situações objetivas e a interesses de fato independentes das (ou prévio às) normas jurídicas, e, de outro, devolveram a relevância crítica e a função axiológica, ainda que seja apenas como limite interno referido a valores ou bens constitucionais” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 431).

Contudo, o presente trabalho sugere a substituição da pretensão de definir prévia e definitivamente quais seriam os conteúdos possíveis do direito penal a partir da seleção dos bens jurídicos passíveis de tutela penal pela aplicação criteriosa e controlada do princípio da proporcionalidade como marco teórico e metodológico de controle da constitucionalidade das normas penais⁴⁵⁷. A importantíssima contribuição do desenvolvimento da categoria do bem jurídico pela dogmática penal será incorporada e reinterpretada à luz da teoria dos direitos fundamentais, notadamente no momento da atribuição dos pesos abstrato e concreto tanto ao bem jurídico tutelado pela norma controlada como aos direitos individuais por ela restringidos.

⁴⁵⁷ Concorde-se com a posição de Bernardo Sánchez que, resumindo uma posição que vem ganhando corpo no campo penal, de que as teorias do bem jurídico não estão capacitadas, isoladamente, para dar soluções aos principais problemas concretos que envolvem a legitimidade das normas penais; e de que, dessa forma, é preciso apelar a outros critérios, que devem necessariamente ser inferidos da Constituição. V. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2008, p. 13. Em sentido semelhante à proposta desenvolvida neste trabalho, V. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de La discusión sobre el concepto de bien jurídico. *In: Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 385.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL

3.1 A legitimidade democrática da jurisdição constitucional: a garantia de direitos materialmente fundamentais no constitucionalismo democrático

A discussão sobre o papel da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas atingiu elevado grau de desenvolvimento, revelando grande capacidade não apenas de oferecer fundamentos de legitimação para o controle de constitucionalidade de leis como também de propor parâmetros de limitação para o exercício dessa função. As mais variadas propostas de fixação de limites funcionais à jurisdição constitucional passam necessariamente pela tentativa de equilibrar *democracia* (a vida política da sociedade emana de procedimentos de deliberação realizados por instituições representativas) e *constitucionalismo* (todos os Poderes se submetem à Constituição e devem garantir os direitos fundamentais).

Sem desprezar a complexidade do longo e sofisticado debate acerca do papel da jurisdição constitucional, há relativo consenso em torno de algumas premissas básicas: (i) embora a jurisdição constitucional – e em especial as Cortes e Tribunais constitucionais – não seja absolutamente indispensável à realização da democracia, a maior parte do mundo ocidental adotou algum modelo de controle de constitucionalidade das leis como forma de equilibrar a soberania popular e o primado dos direitos fundamentais⁴⁵⁸; (ii) a jurisdição constitucional de feição contemporânea tem como objetivo central a proteção do regime democrático, o que permite reconciliar, ao menos como ideal regulativo, o *constitucionalismo* e a própria *democracia*⁴⁵⁹; (iii) a garantia das condições de realização do projeto democrático depende da proteção efetiva da proteção de *direitos materialmente fundamentais*⁴⁶⁰; (iv) a

⁴⁵⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002.

⁴⁵⁹ A teoria democrático-deliberativa logra, assim reconciliar direitos fundamentais e democracia, ou, em outros termos, autonomia privada e autonomia pública, indivíduo e comunidade. Esse aspecto da democracia deliberativa é especialmente enfatizado por Habermas. V. sobre o tema HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

⁴⁶⁰ Cláudio Pereira de Souza Neto recorda, no ponto, a doutrina construída em torno do conceito de direitos materialmente fundamentais: “A ‘fundamentalidade formal’ deriva da circunstância de a norma estar prevista no catálogo expresso de direitos fundamentais. Ocorre que nem todos os preceitos formalmente fundamentais possuem fundamentalidade material em toda a sua extensão. Sobretudo quanto aos direitos sociais, o mais frequente é que a fundamentalidade material se restrinja ao núcleo essencial do direito, estabelecido por derivação do princípio da dignidade humana. O tema da fundamentalidade material foi assim examinado por Canotilho: ‘A ideia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Prima facie, a fundamentalidade material poderá parecer

disputa entre as mais diversas compreensões sobre quais direitos constituem condições para a proteção do ideal democrático – as correntes de pensamento vão desde visões puramente *procedimentalistas* até propostas fortemente marcadas visões *substancialistas* desses direitos – não impede a formação de um amplo consenso sobre a necessidade de garantir aos indivíduos o direito à liberdade (contra agressões arbitrárias do Estado e dos particulares) e à igualdade (em sentido formal e material)⁴⁶¹; e (v) o respeito à dignidade humana, em seus componentes básicos (valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento), constitui um pilar de qualquer projeto democrático que tenha o ser humano como fundamento da própria existência do Estado (e, portanto, das Constituições)⁴⁶². De tudo isso se conclui que há relativo consenso no sentido de que cabe à jurisdição constitucional garantir o respeito aos direitos

desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à Constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal, como o demonstra a tradição inglesa das Common-Law Liberties. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos material, mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16o/1o); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais. Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, 2007, p. 97-116).

⁴⁶¹ Mesmo autores de perfil abertamente procedimentalista, não obstante manifestem grave desconfiança quanto à legitimidade da jurisdição constitucional, reconhecem a importância do seu papel no contexto da proteção aos pressupostos de funcionamento da democracia. V. nessa linha procedimentalista as obras clássicas de Ely e Habermas: ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. No entanto, parece indiscutível que uma noção substancial de democracia envolve a construção de condições para que as pessoas possam expor e debater livremente suas ideias no espaço público e isso depende do estabelecimento de um regime político que trata as pessoas como livres e iguais, respeitando a dignidade de cada ser humano, que então será capaz de participar dos processos deliberativos e produzir discursivamente o direito ao qual se vinculará de modo legítimo. No Brasil, é corrente a ideia de que a fundamentalidade material dos direitos deve ser aferida tendo como vetor interpretativo a sua correlação com o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Luís Roberto Barroso, defensor dessa posição, afirma: “[...] é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179). Defendendo uma corrente alternativa, embora parcialmente coincidente, no sentido de que são considerados materialmente fundamentais apenas aqueles direitos que configuram condições para a cooperação na deliberação democrática, pode-se citar a importante contribuição de Cláudio Pereira de Souza Neto (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002).

⁴⁶² Essas dimensões da dignidade humana estão presentes na tese defendida por Daniel Sarmento: SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetória e metodologia*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. O tema ganhou mais relevância e maior grau de sistematização no Brasil a partir da conhecida obra de Luís Roberto Barroso: BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

fundamentais e, assim, contribuir para a manutenção e aperfeiçoamento das condições de realização do projeto democrático⁴⁶³.

Há amplo consenso no direito constitucional e na filosofia política contemporâneos de que democracia pressupõe a garantia de certos direitos fundamentais (aos quais se atribui, nessa perspectiva, a qualidade de fundamentalidade material)⁴⁶⁴. É certo que há controvérsias a respeito de quais direitos ostentariam essa especial qualificação jurídica⁴⁶⁵. E a delimitação da extensão e profundidade desses direitos materialmente fundamentais repercute no debate sobre o papel da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas. Em linhas gerais, a zona de confluência entre as mais diversas concepções acerca da função a ser desempenhada pela jurisdição constitucional está precisamente na ideia de que a ela incumbe a garantia do respeito aos direitos materialmente fundamentais. É nesse contexto que se mostra necessário esclarecer o sentido da expressão *direitos materialmente fundamentais*⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Sobre o tema, V., entre outros, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa* – Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (coord.). *Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

⁴⁶⁴ A propósito, há extensa tradição liberal – John Rawls, Ronald Dworkin e Bruce Ackerman – que identifica a democracia com um conjunto de procedimentos que asseguram o respeito aos direitos do indivíduo.

⁴⁶⁵ Compartilha-se, no ponto, a posição de Rodrigo Brandão, que recusa a tese de Sarlet no sentido de que todos os direitos fundamentais sob o prisma formal também o são materialmente: “Verifica-se do exposto que o insigne Professor de Direito Constitucional da PUC/RS considera que os direitos formalmente fundamentais necessariamente também o são em sentido material, pois a admissão da existência de direitos apenas formalmente fundamentais, despidos de proteção superconstitucional, significaria tolerar que os poderes constituídos (inclusive a jurisdição constitucional) se substituíssem ao constituinte na determinação das posições jurídicas merecedoras de proteção jus fundamental, a par de correr-se “sério risco de eliminar “autênticos” direitos fundamentais”. Em que pese à inequívoca autoridade de Ingo Sarlet, certamente um dos maiores, senão o maior especialista brasileiro na temática dos direitos fundamentais, a exegese acima sumariada não nos parece a melhor. Perscrutando o primeiro argumento, se revela, de fato, indubitável que, no bojo de uma sociedade pluralista, compete à deliberação do povo a determinação dos direitos fundamentais que lhes são aplicáveis, porquanto não se compatibiliza com o princípio democrático a atribuição a juízes-filósofos do poder de revelar o sentido oculto desses direitos, em interpretação cogente a todos, e imune ao poder deliberativo do povo e dos seus representantes. A assertiva de Sarlet não descarta, portanto, do déficit de legitimidade dos juízes para a completa liberdade na identificação dos direitos materialmente fundamentais, como corolário do princípio democrático.” (BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, abr./mai./jun., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2017).

⁴⁶⁶ Antes de identificar a abrangência dessa categoria, cumpre esclarecer, na esteira de Carlos Bernal Pulido, que “o direito fundamental é um todo, o feixe (Bundel) de normas de direito fundamental e posições de direito fundamental que são classificadas interpretativamente como uma disposição fundamental (R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 2006, o. 54 e seguintes e 163 e ss.). Os direitos fundamentais são direitos subjetivos com propriedades específicas” (PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (coord.). *Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 387).

A fundamentalidade material de um direito, tal como sustenta Carlos Bernal Pulido, deriva da combinação dos aspectos formal e substancial: um direito subjetivo precisa manifestar pelo menos uma propriedade formal e outra material para ser considerado um direito fundamental⁴⁶⁷. As propriedades formais estão relacionadas ao posicionamento dos direitos fundamentais em uma fonte específica de produção do direito. Para o autor, quatro são as propriedades formais, comumente denominadas propriedades fundamentais do direito fundamental: (i) o pertencimento da disposição fundamental que estatui o direito fundamental ao capítulo dos direitos fundamentais da Constituição; (ii) o pertencimento da disposição fundamental ao texto da Constituição; (iii) o pertencimento da disposição de direito fundamental ao texto da Constituição ou a outra fonte formal do direito (principalmente pactos e convenções); e (iv) o reconhecimento por meio da jurisdição constitucional da validade de uma norma de direito fundamental ou de uma posição de direito fundamental protegida por ela – independente de uma disposição fundamental (texto constitucional)⁴⁶⁸.

As propriedades materiais dos direitos fundamentais, na visão de Pulido, podem ser assim sintetizadas: confere fundamentalidade material aos direitos subjetivos a característica consistente em proteger interesses fundamentais do indivíduo, quais sejam, (i) liberdade, (ii) autonomia, (iii) igualdade e (iv) satisfação das necessidades básicas⁴⁶⁹. Conclui, assim, que *“um direito subjetivo deve ser reconhecido como direito fundamental quando proteger as*

⁴⁶⁷ PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (coord.). *Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

⁴⁶⁸ Para Carlos Bernal Pulido, “é preciso considerar ainda que essas quatro condições expressam graus de segurança decrescente na determinação da fundamentalidade. Assim, (1) expressa relativamente o grau mais alto de segurança e (4) o grau relativamente mais baixo de segurança” (PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (coord.). *Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 395).

⁴⁶⁹ O autor afirma, a propósito: “Os direitos fundamentais definem o indivíduo político como livre, autônomo nos espaços privado e público, iguais face a outros indivíduos e como portadores (Träger) de determinadas necessidades básicas. A proteção dessa liberdade, autonomia e igualdade e o atendimento dessas necessidades é o objetivo do Estado. Esses objetivos, a um só tempo, exigem e justificam a ação estatal, que se encontra condicionada pela proibição tanto do excesso quanto da omissão. Aos interesses fundamentais do indivíduo político – liberdade, autonomia, igualdade – junta-se a satisfação de determinadas necessidades fundamentais. Estas devem ser consideradas enquanto propriedades materiais para a definição dos direitos fundamentais na moral e – por meio da institucionalização da moral – no direito. Elas conformam o conceito triádico de indivíduo político a ser investigado no que se segue. Esse conceito possui três dimensões: a dimensão liberal do indivíduo, a dimensão democrática do indivíduo e a dimensão do bem-estar (sozialstaatlichen) do indivíduo. As propriedades materiais da fundamentalidade dos direitos fundamentais consistem em outras propriedades necessárias à dignidade humana e para o desenvolvimento de um indivíduo liberal, democrático e protegido pelo Estado de bem-estar social” (PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (coord.). *Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 397).

habilidades morais do indivíduo liberal ou sua imputabilidade, bem como quando visar satisfazer as necessidades fundamentais do indivíduo”⁴⁷⁰. A proposta de Bernal Pulido pretende identificar os direitos materialmente fundamentais com aqueles que, segundo a mais depurada concepção dogmática, decorrem do princípio da dignidade humana⁴⁷¹. Na síntese proposta por Daniel Sarmiento, à luz da Constituição de 1988, a dignidade humana possui cinco componentes: “*valor intrínseco, autonomia (privada e pública), igualdade, mínimo existencial e reconhecimento*”⁴⁷².

A discussão acerca da definição do rol de direitos materialmente fundamentais pode ser reconduzida ao debate já referido entre *procedimentalistas* e *substancialistas*. A concepção defendida por John Hart Ely, coerente com sua matriz procedimentalista, imputa a qualidade de materialmente fundamentais aos direitos relacionados às liberdades públicas clássicas (liberdade de expressão, liberdade de religião etc.) e aos instrumentos de proteção de minorias que sejam vítimas tradicionais de preconceito no espaço público⁴⁷³. Essa postura *procedimentalista* postula que a jurisdição constitucional deve garantir a possibilidade efetiva de participação de todos os envolvidos no processo democrático. As Cortes constitucionais atuam para corrigir disfunções do próprio jogo democrático, o que deve ocorrer, por exemplo, quando os canais institucionais de participação estão obstruídos ou quando as maiorias neguem sistematicamente o reconhecimento das minorias. Ao invés de imputar à jurisdição constitucional a tarefa de decidir sobre valores substantivos, essa perspectiva defende que as Cortes constitucionais se encarreguem de assegurar que a decisão coletiva sobre esses valores seja aberta à participação e que aplicação dos valores coletivamente definidos não seja discriminatória.

⁴⁷⁰ PULIDO, Carlos Bernal. A fundamentalidade dos direitos fundamentais, In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (coord.). *Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 400.

⁴⁷¹ No Brasil, há pelo menos duas propostas teóricas que postulam que apenas os direitos fundamentais que possuam relação direta com o princípio da dignidade humana têm caráter de fundamentalidade material. V., a propósito, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 245-247; e BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 204-210.

⁴⁷² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁴⁷³ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. 11. impressão. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 173-179.

A perspectiva sustentada por Habermas, embora compartilhe com Ely a matriz procedimentalista, supõe que a democracia depende da garantia de uma gama mais extensa de direitos fundamentais, que inclui: (i) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (ii) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro da associação de parceiros do direito; (iii) direitos fundamentais que resultam imediatamente da postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (iv) direitos fundamentais à participação, em igualdade de condições, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo; e (v) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados nos itens (i) a (iv)⁴⁷⁴. Como se vê, a proposta de Habermas para a definição do campo de atuação da jurisdição constitucional, ao contrário da perspectiva puramente procedimentalista de Ely, não se limita a garantir a abertura dos canais de participação democrática e da representatividade de grupos minoritários. Pretende-se garantir, com base numa estrutura forte de direitos fundamentais, a legitimidade dos processos comunicativos e as condições procedimentais do processo democrático de produção imparcial das normas.

A concepção baseada na teoria democrático-deliberativa, tal como defendida no Brasil por Cláudio Souza Neto, a despeito da grande coincidência com a perspectiva *habermasiana*, apresenta uma nota substancialista mais acentuada⁴⁷⁵. Em comum com a perspectiva procedimentalista defendida por Habermas, essa teoria considera não ser adequado incluir no núcleo material da Constituição objetivos que devem ser perseguidos pela deliberação pública, pois do contrário se imporia excessiva limitação à soberania popular. Por outro lado, reconhece que o modelo habermasiano se abre a reduções “democrático-funcionais” – mais próximas do procedimentalismo de Ely –, motivo pelo qual insere uma outra dimensão considerada essencial da deliberação democrática: a cooperação⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 159-160.

⁴⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁴⁷⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Esse modelo cooperativo de democracia deliberativa insere no núcleo essencial da Constituição as “condições para a cooperação na deliberação democrática”, *i.e.*, condições que permitem a criação de um contexto que todos se vejam motivados a cooperar objetivando a realização do bem comum. A teoria da Constituição e dos direitos fundamentais que deriva dessa concepção de democracia procura afastar o elitismo que caracteriza a teoria da Constituição dirigente, sem incorrer no reducionismo do procedimentalismo puro, e, portanto, rejeita a tendência de circunscrever o debate à dicotomia “constituição-programa” vs. “constituição-processo”, que, por vezes, tem marcado o pensamento constitucional contemporâneo⁴⁷⁷.

A teoria da Constituição empreendeu importante esforço argumentativo de reconstrução teórica do sistema de direitos fundamentais a partir do princípio democrático, conforme concebido pela teoria democrático-deliberativa e demonstrou que a tendência atual é de delimitar o espectro de fundamentalidade material com base em argumentos substantivos, e não meramente formais⁴⁷⁸. Para Cláudio Souza Neto, serão considerados fundamentais os direitos que representam condições procedimentais da democracia. Isso porque, em uma democracia, a deliberação só pode ser limitada em favor da garantia da continuidade e da integridade da própria democracia⁴⁷⁹. Por isso, ao proteger direitos fundamentais, o Judiciário não se apodera das prerrogativas inerentes à deliberação democrática, mas possibilita que a maioria delibere melhor ao aperfeiçoar o processo democrático.

A proposta de identificação dos direitos materialmente fundamentais com as condições procedimentais da democracia constitui o resultado de uma tentativa de *reconstrução interpretativa* do sistema de direitos fundamentais à luz do princípio democrático. Cláudio

⁴⁷⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

⁴⁷⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002.

⁴⁷⁹ Em outro trabalho, em coautoria com Daniel Sarmento, o autor defende que, “respeitadas suas condições procedimentais, a soberania popular deve ter amplas possibilidades de decisão” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 224).

Pereira de Souza Neto argumenta que a teoria democrático-deliberativa⁴⁸⁰ oferece uma resposta satisfatória ao impasse sobre como definir – no ambiente democrático – quais direitos gozam de uma racionalidade intrínseca⁴⁸¹: “[o]bserve-se que tal teoria formula o conceito de direitos fundamentais através de argumentos centrados na própria noção de democracia: os direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia⁴⁸² e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo Judiciário contra os arroubos das maiorias eventuais”⁴⁸³. E conclui: “[a]inda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da

⁴⁸⁰ Cláudio Souza Neto afirma que, em linhas gerais, as teorias democrático-deliberativas costumam compartilhar das seguintes premissas: “1) As sociedades contemporâneas são plurais, complexas e multiculturais, convivendo em seu interior inúmeras doutrinas compreensivas de caráter moral, filosófico, religioso, econômico e existencial, i. e., inúmeras concepções, individuais e coletivas, acerca do que vem a ser vida digna, sendo inviável um consenso generalizado sobre o conteúdo das normas jurídicas e dos fins que devem ser perseguidos pelo estado. 2) Tendo-se em vista a impossibilidade desse amplo consenso acerca dos conteúdos, as teorias democrático-deliberativas se alicerçam em concepções procedimentais da legitimidade, entendendo que há, inversamente, a possibilidade de consenso a respeito das condições procedimentais da democracia, que são neutras ou imparciais em relação às diversas doutrinas compreensivas que habitam as sociedades contemporâneas. 3) (...) A democracia deliberativa, por outro lado, entende que os cidadãos são também capazes de entendimento, realizando não só ações estratégicas, mas também comunicativas. 4) Daí decorre que a validade dos conteúdos normativos está sujeita à possibilidade de serem defendidos argumentativamente no espaço público. Por isso, os discursos práticos devem cumprir determinados requisitos comunicativos tais quais, p. ex. da razoabilidade e reciprocidade. 5) Essa interação comunicativa deve se dar também em um contexto em que sejam respeitadas determinadas condições procedimentais do discurso, tais quais, sobretudo, a abertura, a igualdade de possibilidades de participação na interação comunicativa e a liberdade para participar, sem coerções físicas e morais, dessa interação. 6) Tais condições procedimentais do discurso prático correspondem justamente aos princípios da democracia deliberativa, a igualdade de possibilidades de participação no procedimento democrático e a liberdade para participar, sem coerções físicas e morais, desse procedimento. (...) 7) As normas, que têm em vista garantir as condições procedimentais da democracia deliberativa, são justamente os direitos (materialmente) fundamentais, os quais podem, por isso, ser aceitos universalmente, pelas mais diversas doutrinas compreensivas razoáveis. (...) 8. Se, no entanto, a deliberação pública chega a conclusões contrárias aos direitos fundamentais (que correspondem às condições procedimentais da democracia) se justifica o controle de tais decisões pelo judiciário, sendo este, em razão disso, um guardião da democracia deliberativa” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 44-50).

⁴⁸¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 51.

⁴⁸² A teoria democrático-deliberativa logra, assim reconciliar direitos fundamentais e democracia, ou, dizendo em outros termos, autonomia privada e autonomia pública, indivíduo e comunidade. Esse aspecto da democracia deliberativa é especialmente enfatizado por: HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de Democracia”, *Lua Nova*, n. 36, 1995, p. 39-53. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451995000200003&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 20 dez. 2018; HABERMAS, Jürgen. “Soberania Popular como Procedimento”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 26. Trad. de Márcio Suzuki. São Paulo, mar., 1990; BENHABIB, Seyla. “Models of Public Space: Hannah Arendt, The Liberal Tradition, and Jürgen Habermas. In: CALHUN, Craig (Org.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996.

⁴⁸³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 51.

democracia e se atendo ao campo da neutralidade política, em que se situa o consenso procedimental”⁴⁸⁴⁻⁴⁸⁵.

A ideia de que “as normas, que têm em vista garantir as condições procedimentais da democracia deliberativa, são justamente os direitos (materialmente) fundamentais”⁴⁸⁶ repousa na premissa de que uma fundamentação filosófica (racional⁴⁸⁷) dos direitos fundamentais – que necessariamente prescinde de explicações metafísicas⁴⁸⁸ – deve apostar em uma delimitação do campo de intangibilidade desses direitos passível de aceitação universal pelas mais diversas doutrinas compreensivas razoáveis⁴⁸⁹. Para a teoria democrático-deliberativa, os direitos

⁴⁸⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 52.

⁴⁸⁵ Isso não significa que o estado, em seus diversos ramos, deva ser neutro, como propugnam as teorias liberais compreensivas mais radicais, como as libertarianas ou neoliberais. Pelo contrário: significa apenas que uma postura não neutra somente pode ser assumida por ramos do estado que foram escolhidos eletivamente. Essa diferença fundamental entre as posições deliberativas e libertariana pode ser observada, por exemplo, na interpretação das leis do New Deal, realizada pela Suprema Corte norte-americana. Uma concepção democrático-deliberativa certamente não teria assumido a postura ativista que a Suprema Corte assumiu, em um primeiro momento, na restrição da intervenção estatal na vida econômica, entendendo que a maioria do povo norte-americano – e, em alguns casos, do povo do estado americano em questão – não possuía legitimidade para intervir na vida econômica e social, visto que isto implicaria uma violação da neutralidade que o estado deveria manter em relação ao mercado. Não é esta, certamente, a neutralidade que o estado deveria manter em relação ao mercado. Não é esta, certamente, a neutralidade que propugna a perspectiva deliberativista. Como acima sublinhamos, neutro, do ponto de vista político, deve ser o judiciário, cujos membros não foram escolhidos com base em critérios democráticos, e não o estado – este, no seu conjunto, legitimado democraticamente para a realização de metas coletivas. Não é possível sustentar uma teoria da limitação da ação política do judiciário sem argumentar com pretensão de imparcialidade. Não é possível, em uma sociedade plural, afirmar que, quando se trata do meu ponto de vista, o judiciário deve se conter, quando se trata do ponto de vista do outro, deve ser incisivo.

⁴⁸⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 49.

⁴⁸⁷ Para Cláudio Souza Neto, “a razão pública, por seu turno, caracteriza o campo do que é consensual, do que pode contar com o assentimento das diversas ‘doutrinas abrangentes razoáveis’ que têm lugar nas sociedades hodiernas. Como propugna Rawls, a razão pública não é abrangente, mas concerne tão-só à democracia, aos direitos humanos e às teorias científicas incontroversas. (...) O Poder Judiciário e, especialmente, as cortes constitucionais estão obrigados a restringir a justificação de suas decisões à razão pública.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais. *Boletim Científico da ESMUP*, n.15. Brasília, 2005. p. 213-214).

⁴⁸⁸ Cláudio Souza Neto esclarece que “o mais importante desafio da teoria constitucional hodierna é precisamente reabilitar os esforços de justificação dos preceitos constitucionais sem que isso se dê metafisicamente. O artifício fundamental para tanto é a estratégia de justificação que elege, denomina ‘reconstrutivismo’. A teoria constitucional reconstrutiva ostenta a pretensão de ‘reconstruir’ a normatividade constitucional em vigor, fornecendo-lhe ‘coerência’ e ‘integridade’. Por conta disso, tal teoria é simultaneamente descritiva e racionalizadora” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, pp. 89-90).

⁴⁸⁹ Novamente com Rodrigo Brandão: “Assim, parece evidente que o exercício da razão pública pelo Judiciário “dá força e vitalidade à razão pública no fórum público”, visto que se destina a assegurar que o delineamento concreto dos elementos constitucionais essenciais (inclusive e notadamente os direitos fundamentais) seja feito à

fundamentais devem ser explicados a partir da própria noção de democracia, do que resulta que “os direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade”⁴⁹⁰.

Essa elaboração teórica oferece substrato para a reconstrução do papel da jurisdição constitucional a partir do princípio democrático, fornecendo-lhe coerência e integridade. O controle de constitucionalidade dos atos do poder público pode ser justificado, sob o prisma filosófico, pelo princípio democrático: a jurisdição constitucional, quando voltada à proteção de direitos materialmente fundamentais, serve à garantia das condições procedimentais da democracia. Essa postura *proativa* restrita à tutela das condições de realização da democracia permite que o controle de constitucionalidade não implique excessiva judicialização da política, com a usurpação de competências de entes democraticamente legitimados pelo Judiciário. Não se nega que a jurisdição constitucional tenha um custo democrático e tampouco que a regra da maioria tenha alto valor intrínseco por valorizar a igual dignidade dos membros da comunidade. Mas esse custo democrático pode ser devidamente compensado por uma atuação moderada da jurisdição constitucional voltada à garantia dos direitos materialmente fundamentais, essenciais para a configuração do próprio processo democrático e da manutenção de uma cultura de deliberação pública, por meio da garantia da igualdade de participação nas decisões coletivas, do igual respeito e consideração por todos os membros da comunidade e da liberdade para escolher seu projeto de vida⁴⁹¹.

luz dos valores políticos compartilhados pelas democracias constitucionais bem ordenadas, afastando a deliberação pública de uma incessante luta pela aquisição de cargos e de poder, guiada por uma estratégia puramente eleitoral. Com efeito, o exercício da razão pública pelas Cortes coloca os elementos constitucionais essenciais no centro do debate político, aprimorando o caráter deliberativo dos processos políticos e “educando os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça política. Por outro lado, caso a Corte se utilize de doutrina abrangente particular (v.g. determinada doutrina moral, filosófica, religiosa, econômica, etc.) para densificar o conteúdo de princípios constitucionais abstratos, como os direitos e garantias fundamentais, esbarra no insuperável problema do déficit de legitimidade democrática dos juízes, tornando procedente a crítica de Waldron acerca do caráter antidemocrático do controle jurisdicional de constitucionalidade.” (BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, abr./mai./jun., 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2017).

⁴⁹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002, p. 51.

⁴⁹¹ COMELLA, Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 130.

Essa proposta interpretativa de matriz reconstrutiva voltada à delimitação da função a ser desempenhada pela jurisdição constitucional tem alicerce na interpretação da totalidade do sistema constitucional de acordo com o seu núcleo normativo, consubstanciado nos princípios do estado democrático de direito, de modo a excluir tentativas que sacrifiquem as possibilidades de deliberação democrática⁴⁹². Cuida-se, em síntese, de uma *postura reconstrutiva* da jurisdição constitucional baseada nos pressupostos normativos da democracia. Dela resulta incontestável a conclusão de que o principal papel de um tribunal constitucional é o de proteger os direitos materialmente fundamentais e resguardar as regras do jogo democrático⁴⁹³. Essas duas funções, para a concepção baseada na teoria democrático-deliberativa, se resumem a uma só: proteger o regime democrático e seus fundamentos (entre os quais, sem dúvida, se situam os direitos materialmente fundamentais)⁴⁹⁴.

3.2 A jurisdição constitucional frente ao legislador penal: entre a autocontenção e a proatividade

A jurisdição constitucional contemporânea, além de outras relevantes funções que pode exercer (proteção do princípio federativo e da forma republicana de governo e a resolução de disputas entre órgãos superiores do Estado), serve primordial e preferencialmente à proteção de direitos fundamentais, condição de concretização do princípio democrático⁴⁹⁵. Os direitos

⁴⁹² Cláudio Souza Neto, em interessante artigo doutrinário, afirma que “uma teoria constitucional reconstrutiva busca, ademais, superar o dilema entre a perspectiva normativa e político-sociológica ao extrair a normatividade da própria realidade constitucional. Isso se torna viável porque a reconstrução incide não sobre os “fatores reais de poder”, mas sobre os pressupostos normativos de interação social. É a partir desses pressupostos que a teoria da constituição pode fornecer elementos para a interpretação das cláusulas abertas que integram o Texto Constitucional”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, p. 104)

⁴⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89-90.

⁴⁹⁴ Nicola Lacey conceitua a democracia como um conjunto de valores fundamentais que incorporam “a vontade dos cidadãos” ativada por meio de sua “participação ... na tomada de decisões” juntamente com a “responsabilização dos funcionários pela boa conduta e prestação efetiva de políticas públicas (...), com respeito ao Estado de Direito e aos direitos humanos” (LACEY, Nicola, *The prisoners' dilemma: political economy and punishment in contemporary democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 156-69.

⁴⁹⁵ Essa proposição não encerra os debates sobre o modo como a jurisdição constitucional deve se comportar ao controlar a legitimidade dos atos legislativos à luz de parâmetros materiais pouco precisos ou dotados de baixa densidade normativa. Como registrou o Ministro Luiz Fux, “[a] interpretação ampliativa dos princípios constitucionais não deve se convolar em veto judicial absoluto à atuação do legislador ordinário, que também é um intérprete legítimo da Lei Maior, devendo, nesse mister, atuar com prudência e cautela de modo que a alegação genérica dos direitos fundamentais não asfixiem o espaço político de deliberação coletiva” (STF, ADI 5062, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 27.10.2016).

fundamentais – cujo raio de proteção hoje atinge também, em certas condições, os particulares⁴⁹⁶ – constituem-se essencialmente como barreiras contra intervenções arbitrárias do Estado na esfera de liberdade individual (constitucionalismo liberal) e como garantia de existência digna (constitucionalismo social). Se é verdade que o direito penal reúne as formas mais graves de intervenção estatal nas liberdades individuais, é certo também que o *constitucionalismo* encontra no controle e na contenção dessa especial forma de limitação às liberdades individuais (aplicação de sanção criminal) uma das suas principais funções.

Partindo da ideia de que incumbe à jurisdição constitucional proteger direitos fundamentais (e possibilitar o desenvolvimento do projeto democrático) e da constatação de que a forma mais grave de interferência estatal na esfera de liberdades individuais se dá por meio do direito penal⁴⁹⁷, pode-se intuir que o ramo do direito que sofreria maior fiscalização – quantitativa (horizontal) e qualitativamente (vertical) – pelos juízes e Cortes constitucionais seria precisamente o direito penal. Isso por uma razão muito simples: se é por meio do direito penal que o Estado legitima a restrição à liberdade de locomoção dos indivíduos – ou, quando menos, impõe outras formas de limitação de direitos fundamentais menos intensas, mas revestidas de grande carga simbólica –, incumbiria à jurisdição constitucional o controle das condições de legitimidade dessa gravíssima forma de restrição de direitos fundamentais. A pretensão de juridicização da política ganha expressão concreta na exata medida em que a jurisdição constitucional se mostra apta a impedir que as decisões majoritárias do legislador não impliquem sacrifício desmesurado das liberdades dos cidadãos⁴⁹⁸.

Conforme desenvolvido no Capítulo 2, a tarefa do constitucionalismo contemporâneo passa necessariamente por assegurar um equilíbrio possível entre direito e política, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre o ideal do constitucionalismo e o ideal democrático. Embora não haja necessária conexão entre constitucionalismo e jurisdição constitucional, sabe-se que a maioria dos países que vivenciam atualmente experiências

⁴⁹⁶ A propósito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, V. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011; SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII – Direitos Fundamentais, 2003, p. 297/332.

⁴⁹⁷ COTE-BARCO, Gustavo Emilio. Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena. *Vniversitas*, n. 116, jun.-dez. 2008, p. 129.

⁴⁹⁸ V. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

constitucionais adotaram mecanismos de controle judicial da constitucionalidade das leis⁴⁹⁹. Nesses países, portanto, cabe às Cortes constitucionais controlar a constitucionalidade dos atos do poder público, inclusive os atos normativos emanados pelo legislador. Na busca por esse equilíbrio entre a defesa de direitos fundamentais e o respeito às decisões políticas tomadas pelas instâncias representativas de poder, a jurisdição constitucional busca contribuir para o aprimoramento da comunicação entre direito e política, potencializando a capacidade de contribuição mútua para a realização do empreendimento democrático comum. A maior parte do mundo democrático incorporou a ideia de que a justiça constitucional é filha da cultura do constitucionalismo, isto é, de uma concepção de democracia sustentada em um conjunto de valores sociais presididos pelo valor de liberdade⁵⁰⁰.

A possibilidade de que a jurisdição constitucional se converta em instrumento de melhoria da qualidade da democracia não é uma mera invocação retórica nem se baseia em argumentos metafísicos. *De um lado*, é pouco realista a visão idealizada da qualidade intrinsecamente democrática e participativa da atividade parlamentar. Nem sempre as decisões tomadas pelos órgãos representativos são fruto de debate centrado em argumentos que correspondam à ideia de razão pública⁵⁰¹. A ideia de que a produção das normas tem como premissa o engajamento igualitário dos atores políticos envolvidos e o efetivo debate em torno de argumentos baseados na razão pública não representa adequadamente o modo real de funcionamento dos órgãos representativos.

De outro lado, a jurisdição constitucional, pelo seu modo de organização e funcionamento, é predisposta à tomada de decisões imparciais, publicamente motivadas por

⁴⁹⁹ Sobre o tema, V. GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁵⁰⁰ SEGADO, Francisco Fernández. *La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado*. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. p. 132.

⁵⁰¹ John Rawls desenvolveu a ideia de que “[e]m uma democracia pluralista, a razão pública consiste na justificação das decisões políticas sobre questões constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica, como os direitos fundamentais. Ela expressa os argumentos que pessoas com formação política e moral diversa podem acatar, o que exclui, portanto, o emprego de doutrinas abrangentes, como as de caráter religioso ou ideológico” (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 22, jan.-jun. 2012). Para Cláudio Souza Neto, “a razão pública, por seu turno, caracteriza o campo do que é consensual, do que pode contar com o assentimento das diversas ‘doutrinas abrangentes razoáveis’ que têm lugar nas sociedades hodiernas. Como propugna Rawls, a razão pública não é abrangente, mas concerne tão-só à democracia, aos direitos humanos e às teorias científicas incontroversas. (...) O Poder Judiciário e, especialmente, as cortes constitucionais estão obrigados a restringir a justificação de suas decisões à razão pública” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais*. *Boletim Científico da ESMUP*, n.15. Brasília, 2005. p. 213-214).

parâmetros normativos paulatinamente construídos, além de mostrar vocação para considerar argumentos relevantes não considerados pelo processo político majoritário. Sem desprezar o custo democrático envolvido na defesa da jurisdição constitucional, os déficits de abertura do processo de tomada de decisão nas Cortes constitucionais e as dificuldades de imposição de limites materiais minimamente claros à atuação funcional dessas Cortes, é possível concluir que, pelo menos no contexto brasileiro, a jurisdição constitucional é função indispensável à manutenção e consolidação do ideal democrático e da cultura de respeito aos direitos fundamentais⁵⁰².

A principal função da jurisdição constitucional – limitar os poderes constituídos com base na proteção dos direitos fundamentais – se manifestaria, em princípio, com maior vigor e intensidade justamente no controle da legitimidade das restrições mais graves (mais intensas) dos direitos fundamentais mais relevantes (dotados de maior grau de fundamentalidade material) para o indivíduo. Quanto mais acentuada a fundamentalidade do direito e mais intensa for a sua restrição, mais rigoroso seria o teste de compatibilidade com a Constituição a ser realizado pela jurisdição constitucional⁵⁰³. A premissa que dá suporte a essa conclusão é a de que quanto mais intensa for a restrição aos direitos fundamentais, mais exigentes serão os pressupostos substantivos da constitucionalidade da medida restritiva. Tudo isso recomendaria a adoção por parte dos órgãos incumbidos do exercício da jurisdição constitucional de um modelo bastante rigoroso de controle da constitucionalidade das leis penais, principalmente quando possuírem maior capacidade de intromissão nos direitos fundamentais dos indivíduos.

Essa intuição, entretanto, não representa o atual estado da arte do controle de constitucionalidade de normas penais. A realidade, nesse campo, é contraintuitiva: a jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) e com baixo rigor (excessiva

⁵⁰² As decisões que reconheceram a constitucionalidade da união homoafetiva, o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro e a inconstitucionalidade do financiamento privado de campanhas eleitorais são exemplos inequívocos da alta relevância da jurisdição constitucional para a consolidação do ambiente democrático no país. O reforço à cultura de respeito a direitos das minorias e os sucessivos reparos feitos ao degradado modelo de representação política são prova de que a existência e o fortalecimento da jurisdição constitucional no Brasil constituem uma exigência concreta, e não mera abstração retórica.

⁵⁰³ Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento têm procurado fixar parâmetros para “calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional”. Afirmam, a propósito, que a postura do Supremo Tribunal Federal deve ser mais ativista quando estiverem em jogo as condições de funcionamento da democracia e os direitos materialmente fundamentais. Esses parâmetros constam do seguinte trabalho doutrinário: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de trabalho. *Op. Cit.*, p. 460-463.

deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais. A título ilustrativo, veja-se que o STF utilizou o instrumento da repercussão geral para reafirmar jurisprudência consolidada em 104 oportunidades⁵⁰⁴, das quais apenas 8 discutiam matéria penal ou processual penal⁵⁰⁵. Nessas oito oportunidades em que a sistemática da repercussão geral foi utilizada para reafirmar jurisprudência do Tribunal no campo penal, o STF não pretendeu discutir amplamente a matéria constitucional controvertida, mas simplesmente impedir que novos recursos extraordinários fossem interpostos para discutir o mesmo tema. Seis desses oito julgamentos foram realizados por meio do Plenário Virtual. Desse mesmo conjunto de julgamentos sob o rito da repercussão geral (para reafirmação de jurisprudência), sete resultaram em decisões que ampliaram a intervenção penal ou a intensidade dela. Apenas uma decisão resultou em reafirmação de jurisprudência favorável ao réu, tendo o efeito de restringir a punição criminal, ao reafirmar que a hediondez do delito não seria suficiente para fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Essa pesquisa tem por base os dados consolidados até 24.04.2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?PesquisaEm=tema&PesquisaEm=controvertida&PesquisaEm=ambos&situacaoRG=TODAS&situacaoAtual=S&txtTituloTema=&numeroTemaInicial=&numeroTemaFinal=&acao=pesquisarProcesso&tipoComRG=ComRG&tipoReafirmJurisp=ReafirmJurisp&ataInicialJulgPV=&dataFinalJulgPV=&classeProcesso=&numeroProcesso=&ministro=&txtRamoDireito=&ordenacao=asc&botao=>>>. Acesso em: 25.04.2018.

⁵⁰⁵ O STF utilizou a sistemática da repercussão geral para reafirmar jurisprudência em matéria penal e processual penal em oito oportunidades: (i) para reconhecer a impossibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal em face da incidência de circunstância atenuante genérica (RE 597270 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 26.03.2009); (ii) para afirmar que é constitucional a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal (RE 602072 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 19.11.2009); (iii) para afirmar que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP) (RE 640139 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 22.09.2011); (iv) para afirmar que o crime de lesão corporal praticado contra a mulher no âmbito doméstico e familiar é processado por meio de ação penal pública incondicionada (ARE 773765 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 03.04.2014); (v) para afirmar que o ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público, e que a conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura, de modo que o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal, não afastam o direito de queixa (ARE 859251 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 16.04.2015); (vi) para afirmar que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (ARE 964246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 10.11.2016); (vii) para reconhecer que é constitucional o tipo penal previsto no art. 2º, inc. II da Lei n. 8.137/1990, por não se configurar a conduta nele descrita como mero ilícito civil (ARE 999425 RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02.03.2017); (viii) para afirmar que é inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal (ARE 1052700 RG, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 02.11.2017).

⁵⁰⁶ STF, ARE 1052700 RG, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 02.11.2017.

Ademais, o STF reconheceu repercussão geral a um total de 21 temas relacionados ao direito penal e processual penal⁵⁰⁷. Desses casos, como visto, 8 serviram apenas para reafirmação de jurisprudência. Do conjunto de 21 casos, 4 discutem a constitucionalidade de tipos penais ou de determinadas formas de sua interpretação (sonegação fiscal⁵⁰⁸, ato obsceno⁵⁰⁹, falsa identidade⁵¹⁰ e posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto⁵¹¹), 5 discutem questões relativas à aplicação da pena ou de regime prisional⁵¹² e 12 têm por objeto questões processuais penais⁵¹³. Esse número de temas penais e processuais penais

⁵⁰⁷ Essa pesquisa tem por base os dados consolidados até 24.04.2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?PesquisaEm=tema&PesquisaEm=controversia&PesquisaEm=ambos&situacaoRG=TODAS&situacaoAtual=S&txtTituloTema=penal&numeroTemaInicial=&numeroTemaFinal=&acao=pesquisarProcesso&tipoComRG=ComRG&tipoReafirmJurisp=ReafirmJurisp&dataInicialJulgPV=&dataFinalJulgPV=&classeProcesso=&numeroProcesso=&ministro=&txtRamoDireito=&ordenacao=asc&botao=>>>. Acesso em: 25.04.2018.

⁵⁰⁸ O STF decidiu que é constitucional o tipo penal previsto no art. 2º, II da Lei n. 8.137/1990, por não se configurar a conduta nele descrita como mero ilícito civil (ARE 999425 RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02.03.2017).

⁵⁰⁹ O STF decidirá se o tipo penal de ato obsceno (art. 233 do CP) respeita o princípio constitucional da legalidade (RE 1093553 RG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 29.03.2018).

⁵¹⁰ O STF afirmou que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP) (RE 640139 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 22.09.2011).

⁵¹¹ O STF decidiu que a contravenção penal de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941) não foi recepcionada pela Constituição, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos arts. 1º, III, e 5º, *caput* e I, da Constituição Federal. V. RE 583523, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 03.10.2013.

⁵¹² O STF reconheceu (i) a impossibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal em face da incidência de circunstância atenuante genérica (RE 597270 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 26.03.2009); (ii) que é inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal (ARE 1052700 RG, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 02.11.2017); e (iii) que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso (RE 641320, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 11.05.2016). Além disso, discutirá (iv) a necessidade de trânsito em julgado da condenação por crime doloso para caracterização de falta grave durante a execução da pena (RE 776823 RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 28.08.2014); e (v) e se há necessidade de instauração de PAD para apuração de falta grave durante o cumprimento da pena (RE 972598 RG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 06.04.2017).

⁵¹³ O STF reconheceu a repercussão geral das seguintes questões processuais penais: (i) possibilidade de trancamento de ação penal por falta de justa causa em crime de competência do júri (RE 593443, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 06.06.2013); (ii) a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público (RE 593727 RG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 27.08.2009); (iii) a impossibilidade de equiparação da sentença homologatória de transação penal e da sentença penal condenatória (RE 795567, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 28.05.2015); (iv) constitucionalidade da propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal (RE 602072 QO-RG, Rel. Min. Min. Cezar Peluso, j. em 19.11.2009); (v) discussão sobre se o crime de lesão corporal praticado contra a mulher no âmbito doméstico e familiar é processado por meio de ação penal pública incondicionada (ARE 773765 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 03.04.2014); (vi) possibilidade de ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público (ARE 859251 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 16.04.2015); (vii) licitude de provas obtidas mediante invasão policial sem mandado de busca e apreensão (RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em

cuja repercussão geral foi reconhecida (21 casos) representa menos de 3% do total de temas cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF (703 casos)⁵¹⁴. Se se considerarem os casos que discutiam temas puramente penais (constitucionalidade de tipos penais ou de certas interpretações judiciais desses temas), eles representam cerca de 0,4% do total de temas cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF. Também se deve considerar que apenas 13 dos 21 casos foram incluídos na sistemática da repercussão geral para possibilitar a discussão sobre o tema pelo Plenário, e não apenas para reafirmar orientação jurisprudencial prévia.

Depois de mais de onze anos de vigência efetiva da sistemática da repercussão geral⁵¹⁵, vê-se, assim, que a objetivação do controle difuso não serviu para inserir o controle de constitucionalidade das leis penais na pauta do STF. Apenas de modo incipiente, quase sempre para impedir a interposição de recursos extraordinários sobre certos temas recorrentes, a matéria penal é inserida no âmbito da repercussão geral no STF.

No campo do controle concentrado, a ausência de temas penais e processuais penais é ainda mais acentuada: apenas 20 de um universo de 3.164 ações de controle concentrado com decisão final desde o ano 2000 trataram de algum tema penal ou processual penal⁵¹⁶. Isso representa ínfimos 0,06% do total de ações de controle concentrado examinadas pelo Tribunal nos últimos dezoito anos. Dessas 20 ações, apenas 9 tiveram o mérito julgado pelo STF – duas com conteúdo idêntico – com os seguintes resultados de julgamento: (i) a inconstitucionalidade

05.11.2015); (viii) limitação temporal da suspensão do processo em caso de réu citado por edital (RE 600851 RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 16.06.2011; (ix) constitucionalidade do art. 362 do CPP, que trata da citação por hora certa (RE 635145, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 01.08.2016); (x) competência da Justiça Federal para processar e julgar crime de violação de sigilo de informações contidas em bancos de dados de órgãos federais, ainda que os fatos atinjam apenas a esfera jurídica de particulares (RE 606881, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 27.02.2018; (xi) definição do termo inicial para contagem da prescrição da pretensão executória (ARE 848107 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 11.12.2014); e (xii) constitucionalidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (ARE 964246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 10.11.2016).

⁵¹⁴ Dados consolidados até 23.04.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

⁵¹⁵ Como reconheceu o STF, “as alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 - data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007. 3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser “formal e fundamentada”. 4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007” (AI 664567 QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 18.06.2007).

⁵¹⁶ Dados consolidados até 23.04.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

da criminalização da “marcha da maconha”⁵¹⁷; (ii) reconhecimento de que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal aos parlamentares e também que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar⁵¹⁸; (iii) a inconstitucionalidade das disposições das Constituições Estaduais que exigiam prévia autorização pela Assembleia Legislativa do Estado para processar Governador por crime comum⁵¹⁹; (iv) a caracterização da ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher como pública incondicionada⁵²⁰; (v) a inconstitucionalidade da atribuição do foro por prerrogativa de função para ex-ocupantes de cargo público⁵²¹; (vi) a constitucionalidade do tratamento diferenciado dado às intimações do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente, realizadas por meio de publicação oficial, em contraposição às do Ministério Público e do defensor nomeado, feitas pessoalmente (CPP, art. 370, §§ 1º e 4º)⁵²²; (vii) a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal⁵²³; (viii) a não recepção, pela Constituição de 1988, das expressões ‘pederastia ou outro’ e ‘homossexual ou não’, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do Código Penal Militar⁵²⁴.

Apenas duas das sete teses fixadas pelo STF sobre temas pertinentes ao campo penal em sede de controle concentrado versaram sobre direito penal material: (i) aquela que julgou procedente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para conferir, ao art. 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, “*de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das*

⁵¹⁷ STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 15.06.2011.

⁵¹⁸ STF, ADI 5526, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 11.10.2017.

⁵¹⁹ STF, ADI 4771, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 13.06.2017. No mesmo sentido: STF, ADI 4675, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 31.08.2017.

⁵²⁰ STF, ADI 4424, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.02.2012.

⁵²¹ STF, ADI 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 15.09.2005.

⁵²² STF, ADI 2144, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 02.06.2016.

⁵²³ STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 12.04.2012.

⁵²⁴ STF, ADPF 291, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 28.10.2015.

drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”⁵²⁵; e (ii) a decisão que entendeu que “*não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões ‘pederastia ou outro’ e ‘homossexual ou não’, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo*”⁵²⁶.

A jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) a constitucionalidade das normas penais, tanto no controle difuso, sob a sistemática da repercussão geral, quanto no controle concentrado⁵²⁷. Os dados desanimadores apresentados são, em algum grau, amenizados pelo fato de que o STF tem utilizado o *habeas corpus* para decidir, no Plenário, questões da maior relevância para o campo penal, o que envolve, muitas vezes, o exercício do controle difuso de constitucionalidade de leis penais e processuais penais. As decisões citadas a seguir dão conta da relevância que o *habeas corpus* tem tido na jurisprudência do STF, notadamente no avanço em direção a um lento – e às vezes inconsistente e errático – processo de constitucionalização do campo penal no Brasil.

O controle de constitucionalidade de leis penais e processuais penais no Brasil tem se realizado, majoritariamente, por meio do julgamento de *habeas corpus* pelo Plenário do STF, como demonstram as seguintes importantes decisões: (i) a afirmação de que “*o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos*”⁵²⁸; (ii) o reconhecimento de que “*a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (...) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável,*

⁵²⁵ STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 15.06.2011.

⁵²⁶ STF, ADPF 291, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 28.10.2015.

⁵²⁷ Apenas para que se tenha uma experiência estrangeira como referência para a afirmação de que o STF controla pouco a constitucionalidade de leis penais, pode-se verificar a atuação da Corte Constitucional da Colômbia nesse campo. Até 2010, a Corte tinha proferido 82 sentenças no controle de constitucionalidade apenas do Código Penal, excluídas, portanto, todas as outras sentenças proferidas sobre leis penais especiais e sobre leis processuais penais. Do total de 60 sentenças de mérito proferidas sobre a constitucionalidade de dispositivos do Código Penal, 19 declararam ao menos parcialmente inconstitucionais os dispositivos. Do conjunto de 15 decisões que aplicaram o princípio da proporcionalidade, 8 reconheceram ao menos parcialmente inconstitucionais as normas controladas. Esses números são imensamente superiores aos extraídos da jurisprudência do STF.

⁵²⁸ STF, HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 23.06.2016.

*eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto*⁵²⁹; (iii) a afirmação de que *“inquéritos ou processos em andamento, que ainda não tenham transitado em julgado, não devem ser levados em consideração como maus antecedentes na dosimetria da pena*⁵³⁰; (iv) a declaração incidental da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados⁵³¹; (v) a declaração incidental da inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do art. 44 da Lei 11.343/2006, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade da prisão preventiva para o crime de tráfico de drogas⁵³²; (vi) a declaração incidental da inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do art. 44, ambas da Lei 11.343/2006, possibilitando a aplicação da penas restritivas de direito aos condenados por tráfico de drogas⁵³³; (vii) a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, afastando, dessa forma, a aplicação do regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos⁵³⁴; (viii) o reconhecimento de que *“contraria o direito à ampla defesa a declaração da deserção da apelação em razão do não-recolhimento do condenado à prisão, ou da sua fuga depois de ter apelado*⁵³⁵; (ix) a derrogação nas normas legais referentes à prisão civil do depositário infiel, em razão da subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia⁵³⁶; (ix) o reconhecimento de que *“no processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento*⁵³⁷; (x) a afirmação de que *“enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da*

⁵²⁹ STF, HC 123108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015.

⁵³⁰ STF, HC 94620, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24.06.2015.

⁵³¹ STF, HC 111840, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 27.06.2012.

⁵³² STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012.

⁵³³ STF, HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 01.09.2010.

⁵³⁴ STF, HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 23.02.2006.

⁵³⁵ STF, HC 85369, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 26.03.2009.

⁵³⁶ STF, HC 87585, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 03.12.2008.

⁵³⁷ STF, HC 87926, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 20.02.2008.

*tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90*⁵³⁸; (xi) a afirmação de que o sigilo da investigação não pode ser oposto ao advogado do investigado⁵³⁹; e (xii) o reconhecimento de que a oitiva das testemunhas de acusação antes da oitiva das testemunhas de defesa viola os princípios da ampla defesa e do contraditório⁵⁴⁰.

Portanto, além da quase insignificante presença do direito penal e processual penal no controle concentrado de constitucionalidade e também no controle difuso realizado sob a sistemática da repercussão geral, há apenas pouco mais de uma dezena de decisões relevantes em matéria penal tomadas pelo Plenário do STF na vigência da atual constitucional em sede de *habeas corpus*. Como se verá adiante com maior grau de detalhamento, o campo do controle da constitucionalidade de leis penais em que o Supremo Tribunal Federal mais avançou foi o da individualização da pena. Somente três decisões do Plenário do STF declararam inconstitucionais determinadas interpretações de leis penais incriminadoras: (i) a inconstitucionalidade da criminalização da “marcha da maconha”⁵⁴¹; e (ii) a inconstitucionalidade da criminalização do aborto de feto anencéfalo⁵⁴²; e (iii) a não recepção da contravenção penal de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei 3.688/1941)⁵⁴³.

Embora seja adequado concluir que a jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) e com baixo rigor (com excessiva deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais, é necessário reconhecer alguns avanços importantes. De um lado, o STF evoluiu significativamente no controle de constitucionalidade de leis penais na última década (especialmente frente ao princípio da individualização da pena). De outro lado, o Supremo abandonou o dogma da insindicabilidade constitucional das leis penais, o que abriu as portas para que novas ondas de constitucionalização do direito penal possam surgir nos próximos anos. Entretanto, é certo, também, que esses avanços não foram suficientes para evitar

⁵³⁸ STF, Pet 3593 QO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 02.02.2007.

⁵³⁹ STF, HC 88520, Rel. Min. Cármen Lúcia, Red. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 23.11.2006.

⁵⁴⁰ STF, HC 87297, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 03.05.2006.

⁵⁴¹ STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 15.06.2011.

⁵⁴² STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 12.04.2012.

⁵⁴³ STF, RE 583523, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 03.10.2013.

o aprofundamento da tragédia do sistema de justiça criminal brasileiro (notadamente do sistema penitenciário).

Esse cenário brasileiro não é excepcional: o direito comparado, em geral, mostra certa carência (déficit) de controle de constitucionalidade das normas no campo penal⁵⁴⁴. Se é verdade, como lembra Comella, que os tribunais constitucionais não precisam exercer uma revisão agressiva em todos os domínios legislativos – eles podem preferir ser muito deferentes em algumas áreas e menos em outras –, “*é importante enfatizar é que eles precisam ser relativamente ousados em uma parte significativa de sua jurisprudência se quiserem ganhar um espaço no sistema*”⁵⁴⁵. Esse equilíbrio, no Brasil, deve ser alcançado por meio de uma intensificação do controle de constitucionalidade no campo penal – em cujo âmbito está em curso o maior crime contra a humanidade da nossa história recente –, ainda que isso tenha como consequência um uso mais moderado da jurisdição constitucional em outras áreas do direito. Convém, a essa altura, não apenas confirmar a hipótese de que há um déficit de controle de constitucionalidade de normas penais no Brasil, mas também explicitar as causas desse cenário e propor soluções normativa e institucionalmente adequadas para superá-lo.

3.3 Os modelos-base de jurisdição constitucional frente ao legislador penal: da tese estrita da autocontenção ao controle judicial da proteção insuficiente

A irreduzível tensão entre democracia representativa e proteção de direitos fundamentais se manifesta de forma particularmente intensa no campo penal. O controle de constitucionalidade dos atos do poder público, especialmente daqueles que impõem restrição de direitos fundamentais, tem se mostrado cada vez mais presente e relevante nas democracias contemporâneas. Esse movimento de expansão da jurisdição constitucional encontra alguns obstáculos filosóficos e culturais no campo do direito penal. Como se viu, é certo que a intensidade da restrição de direitos fundamentais imposta pelas normas penais –

⁵⁴⁴ V., sobre o tema no contexto espanhol, LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Colex, 2011. Sobre o tema, Donini afirmou que “não obstante a existência de uma Constituição inspirada no garantismo e de um direito penal (não só de solidariedade, senão ademais) liberal, são possíveis várias incriminações iliberais e não necessariamente inconstitucionais, devido a que as decisões legislativas não são discutíveis em sede de controle de constitucionalidade, como por exemplo está ocorrendo nos últimos tempos na Itália ou na Espanha” (DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 349, tradução livre do autor).

⁵⁴⁵ COMELLA, Victor Ferreres. *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*. New Haven: Yale University Press, 2009, p. 83.

tendencialmente dirigidas à limitação da liberdade de locomoção – legitimaria a atuação da jurisdição constitucional nesse setor da ordem jurídica. No entanto, a intensidade da restrição de direitos fundamentais nesse campo, em linha de princípio, só se justifica pela elevada importância dos direitos e valores protegidos pela norma penal. Como resultado, esse alto significado social, político e jurídico dos objetos de proteção do direito penal acaba dificultando a atuação da jurisdição constitucional. Sob essa ótica, seria indesejável que a jurisdição constitucional intensificasse o controle sobre as normas penais, pois poderia acabar afastando um meio especialmente eficaz de proteção dos direitos e valores mais essenciais para o livre desenvolvimento do indivíduo (a punição criminal). Desse modo, a tendência de atribuir maior autonomia ao legislador penal se deve, em grande medida, ao fato de que a imposição da pena tem como pressuposto a vulneração de direitos fundamentais resultante do cometimento do delito, o que justificaria a maior autonomia do legislador na matéria⁵⁴⁶.

A restrição aos direitos fundamentais pressuposta pela norma penal tem, assim, um caráter dúplice ou ambivalente: (i) em um primeiro momento, a circunstância de o direito penal se basear na imposição de graves restrições aos direitos fundamentais mais importantes sugere a intensificação do controle a ser exercido pela jurisdição constitucional; (ii) em um segundo momento, a noção de que a decisão sobre a criminalização se fundamenta, racionalmente, na necessidade de proteção dos direitos e valores mais relevantes na ordem jurídica cria certa desconfiança sobre o papel que o controle de constitucionalidade pode desempenhar, de forma legítima, na contenção do legislador penal⁵⁴⁷.

Além disso, não se pode desprezar o papel que a cultura e os valores sociais compartilhados exercem sobre o equilíbrio entre os ideais da democracia e do constitucionalismo no campo penal⁵⁴⁸. Quanto mais valorizada socialmente é a atividade

⁵⁴⁶ A título exemplificativo, confira-se passagem reproduzida em diversos precedentes do Tribunal constitucional da Espanha: “o controle da lei penal que a este Tribunal atribuído deve ser presidido, em qualquer caso, pelo reconhecimento da competência exclusiva do legislador para a formulação de políticas criminais, correspondendo a uma ampla margem de liberdade, dentro dos limites da Constituição, para a configuração tanto dos bens protegidos criminalmente e do comportamento criminalmente repreensível, quanto do tipo e quantidade de sanções penais, ou a proporção entre os comportamentos que pretende evitar e as penalidades com as quais tenta alcançá-lo” (TCE, Sentencia 55/1996, de 28 de março; Sentencia 163/1999, de 20 de julho; Sentencia 127/2009, de 26 de maio; Sentencia 203/2009, de 27 de outubro; Sentencia 60/2010, de 7 de outubro).

⁵⁴⁷ Sobre a relação entre o discurso da defesa de direitos fundamentais pelo direito penal e a elevação da deferência ao legislador por parte da jurisdição constitucional no Chile, V. FERNÁNDEZ CRUZ, J. A., “Tribunal Constitucional y derecho penal: Un estudio crítico”, *Estudios Constitucionales*, n. 2, 2014, p. 208-209.

⁵⁴⁸ O desenho institucional da jurisdição constitucional das democracias está constrangido pelas condições sociais, como enfatizou Juan Carlos Bayón ao admitir uma “dependência contextual” da jurisdição constitucional. V.

política de criação, expansão e endurecimento de normas penais, menos propensa se torna a jurisdição constitucional à realização de uma efetiva contenção dos excessos legislativos em detrimento dos direitos fundamentais. É amplamente reconhecida a forte ligação entre a jurisdição constitucional e a opinião pública: já se identificou a tendência de o Judiciário se alinhar ao sentimento social⁵⁴⁹. A atuação contramajoritária das Cortes constitucionais compõe o repertório argumentativo e filosófico que legitima a existência da jurisdição constitucional nas democracias⁵⁵⁰, mas a realidade demonstra que essa atuação não consegue se sustentar no longo prazo contra maiorias políticas persistentes⁵⁵¹. Ao contrário, o papel contramajoritário da jurisdição constitucional se faz majoritariamente presente diante de maiorias fracas (superadas, meramente transitórias ou unidas por laços de menor relevância)⁵⁵².

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad externa de colombia, 2010, p. 409-476, p. 473.

⁵⁴⁹ V., sobre o tema, FRIEDMAN, Barry. *The Will Of The People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped The Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009; FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review, *Texas Law Review* vol. 84, n. 2, 2005, p. 257; CAMARGO, Marcelo Novelino. Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial. 2014. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, 2015.

⁵⁵⁰ V. BICKEL. Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed.. New Haven and London: Yale University Press, 1986. Na jurisprudência do STF, a defesa dessa atuação contramajoritária da jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais foi bem sintetizada pelo Ministro Celso de Mello: “Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação, de injusta exclusão, de repressão e de abuso contra os seus direitos. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (...)” (STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 15.06.2011)

⁵⁵¹ Mesmo as decisões mais progressistas em matéria criminal tomadas pela Corte Warren nos EUA são vistas, segundo a mais prestigiada leitura doutrinária norte-americana, como resultados de um alinhamento com “humor nacional”. A capacidade da Suprema Corte de proferir decisões contramajoritárias é extremamente limitada, próxima de zero, ao contrário do que uma visão romântica da função da jurisdição constitucional poderia supor. V., sobre o tema, LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian Hero or Zero - Rethinking the Warren Court's Role in the Criminal Procedure Revolution, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 152, 2004, p. 1361.

⁵⁵² DAHL, Robert A.. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 1957, p. 279-295.

Como resultado, a vocação dos Tribunais constitucionais para proteger direitos fundamentais contra decisões majoritárias não tem se convertido em verdadeira atuação jurisdicional contramajoritária de forma ilimitada. Como assinalou Luís Roberto Barroso, embora o STF não possa se tornar mais uma instância da política majoritária, o alinhamento eventual com a vontade popular aumenta o capital político de que dispõe para, quando seja realmente necessário, contrariar as maiorias⁵⁵³. Esse equilíbrio sensível entre acúmulo e dispêndio de capital político por parte dos Tribunais constitucionais exige, em primeiro lugar, certa dose de pragmatismo para identificar setores prioritários que demandam intervenção jurisdicional mais urgente; e, em segundo lugar, aguçado senso de prudência, de modo a evitar que o uso desmedido de capital político em temas de baixa relevância constitucional dificulte o exercício da sua função contramajoritária na proteção de minorias estigmatizadas e de seus direitos fundamentais mais importantes. O notável avanço da jurisdição constitucional colombiana no controle da validade de leis penais se deu, em grande medida, em razão do elevado respeito que os colombianos nutrem pela Corte Constitucional⁵⁵⁴. A recente forte perda de credibilidade do Judiciário brasileiro nos últimos anos⁵⁵⁵ pode colocar em risco um plano de intensificação do protagonismo do STF frente ao legislador penal.

É importante notar, contudo, que, em matéria penal, especialmente no que diz respeito à questão penitenciária, o processo político majoritário não tem se mostrado apto a garantir direitos fundamentais e preservar a dignidade humana dos apenados. Nesse caso, uma teoria das capacidades institucionais atenta ao modo real de funcionamento dos órgãos estatais recomendará uma postura mais ativista por parte do Judiciário. Em temas como o da proteção aos direitos dos investigados, acusados e presos, “*o relativo insulamento do Judiciário diante*

⁵⁵³ V., sobre o ponto, trecho de palestra proferida por Luís Roberto Barroso: “4. Não é errado nem ruim que juízes, antes de decidirem, olhem pela janela de seus gabinetes e levem em conta a realidade e o sentimento social. Porém, o STF não pode se converter em mais uma instância da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pelas pressões da mídia. O populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. 5. Porém, ausente esta relação de subordinação, o alinhamento eventual com a vontade popular dominante é uma circunstância feliz e, em última instância, aumenta o capital político de que o Tribunal dispõe para fazer o que é certo, quando seja o caso de não satisfazer a maioria.” Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>>. Acesso em 10 out. 2018.

⁵⁵⁴ LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales: Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Rev. derecho (Valdivia)* [online], vol. 24, n.2, 2011, p. 136-137.

⁵⁵⁵ Em 2016, o MP havia sido citado como “confiável” por 44% da população. Já em 2017, o número caiu para 28%. De acordo com a pesquisa, enquanto 30% dos entrevistados pela FGV diziam confiar na Justiça em 2016, só 24% disseram o mesmo entre maio e junho de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-25/2017-confianca-judiciario-mp-diminuiu-estudo>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

das pressões das maiorias sociais, bem como o seu ethos profissional de defesa de direitos são bons argumentos para justificar uma postura mais ativista”⁵⁵⁶. Essa vantagem comparativa em relação aos demais poderes “*se perderia caso fosse adotada uma filosofia hermenêutica de base comunitarista, que apregoasse o dever de fidelidade do juiz às tradições da sua sociedade*”⁵⁵⁷.

Diante desse quadro de incentivos e dificuldades à atuação da jurisdição constitucional no campo penal, Carlos Bernal Pulido menciona *três teses principais* sobre como resolver essa tensão entre legislador penal e Corte constitucional⁵⁵⁸. Para uma *primeira corrente*, a criminalização de determinados comportamentos tidos como nocivos para a vida social e a fixação das respectivas sanções é um assunto de política criminal, alheio a todo tipo de certezas deduzíveis dos direitos fundamentais, e que deve ser deixado exclusivamente nas mãos dos consensos e das transações parlamentares que se refletem na legislação⁵⁵⁹. Para uma *segunda corrente*, em sentido oposto, a tipificação penal de uma conduta implica sempre uma intervenção nos direitos fundamentais, contexto em que a Corte constitucional tem competência pra estabelecer, definitivamente, se tais intervenções penais são válidas⁵⁶⁰. Por último, uma *terceira corrente*, partindo da ideia de que toda lei penal encerra uma proteção a direitos e bens jurídicos constitucionais, defende a tese de que o legislador penal pode vulnerar a Constituição

⁵⁵⁶ SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidade Institucional do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 320-321.

⁵⁵⁷ SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidade Institucional do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 320-321.

⁵⁵⁸ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 116. Essa mesma organização de ideias, especificamente voltada para o estudo da aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de leis penais, está presente na obra de Luis Andrés Rodríguez Vélez: “Son tres las tesis centrales que articulan la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana: la primera corresponde al reconocimiento, ya señalado, de que la política criminal es un asunto de competencia exclusiva del legislador, en virtud del principio de soberanía popular representado en el congreso de la república; la segunda tesis afirma que el derecho penal significa una intervención en derechos fundamentales; la tercera sostiene que el derecho penal es, a su vez, un instrumento de garantía de los derechos fundamentales” (VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis Andrés. *El control constitucional de leyes penales en el marco de un modelo racional de legislación penal*. 2014. Tese (Doutorado) – Universidad de Málaga, Málaga, p. 112).

⁵⁵⁹ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 116.

⁵⁶⁰ *Id.*

também ao não oferecer uma proteção suficiente a esses direitos⁵⁶¹. A seguir, analisa-se mais detidamente cada uma dessas três correntes.

A primeira corrente defende uma maior autorrestrrição da jurisdição constitucional em matéria penal. De modo geral, os defensores dessa postura de autocontenção não excluem as leis penais do âmbito de incidência da jurisdição constitucional, mas insistem, por outro lado, na absoluta excepcionalidade desse controle. Essa posição que prescreve um elevadíssimo grau de autocontenção da jurisdição constitucional é correlativa à ideia de Constituição-limite, especialmente quando entendida sob a premissa de que a Constituição basicamente impõe restrições de natureza formal ao legislador, ou, quando muito, restrições materiais estreitas baseadas em regras constitucionais expressas e unívocas.

Tal posição de reforço à discricionariedade legislativa em matéria penal abrange, é certo, vários graus de deferência ao legislador, nem sempre reconduzíveis aos mesmos parâmetros. Entretanto, para fins didáticos de sistematização dos modelos básicos de jurisdição constitucional no campo penal, é possível agrupá-los nesse grande conjunto de ideias que sustentam a necessidade de manter elevado grau de autocontenção das Cortes constitucionais e amplíssimo espaço decisório para o legislativo na criação de normas penais. Segundo essa visão, os juízes constitucionais devem manter uma atitude deferente em relação ao legislador penal, que goza de uma especial legitimação democrática.

Com base na jurisprudência da Corte constitucional da Colômbia, Bernal Pulido resume essa posição autorrestritiva afirmando que, dentro das margens amplas da Constituição – o legislador não chega a ter discricionariedade absoluta para definir tipos delitivos e fixar penas, já que tem na Constituição e nos direitos fundamentais tanto o limite como o fundamento do poder punitivo⁵⁶² –, mas cabe ao Poder Legislativo, discricionariamente, determinar o conteúdo da lei penal que seja apropriado para as circunstâncias sociais, políticas e econômicas e que representem a ideologia majoritária do Parlamento⁵⁶³.

⁵⁶¹ *Id.*

⁵⁶² Corte Constitucional da Colômbia, Sentencias C-176, de 1994, C-581, de 2001, e C-609, de 1996. No mesmo sentido, em referência à jurisprudência do Conselho Constitucional da França, V. FAVOREU, Luis. La constitucionalidad del derecho penal y del procedimiento penal: hacia un derecho constitucional penal. *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. XXVI, 1999, p. 304.

⁵⁶³ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 117-118.

Na mesma direção, o Tribunal constitucional da Espanha tem afirmado, em diversas oportunidades, que *“corresponde exclusivamente ao legislador o desenho da política criminal”*, motivo pelo qual somente a ele cabe a determinação *“dos bens penalmente protegidos, os comportamentos penalmente repreensíveis, o tipo e a quantia das sanções penais, e a proporção entre as condutas que pretende evitar e as penas com as quais se pretende atingir esse objetivo”*⁵⁶⁴. O legislador deve observar, para essa compreensão, apenas as *“pautas elementares que emanam do texto constitucional”*, sem, contudo, habilitar a jurisdição constitucional a realizar avaliação sobre a qualidade da norma penal⁵⁶⁵.

A jurisprudência da Corte constitucional colombiana, apesar de enfatizar reiteradamente que a discricionariedade legislativa em matéria penal não é absoluta – *“o legislador, obviamente, dentro dos marcos fixados pela própria Carta, tem um espaço relativamente autônomo, caracterizado, a seu turno, por valores, pressupostos e finalidades próprios, em que se seu acentuado grau de constitucionalizado”* –, tem afirmado de maneira bastante ampla que a restrição a direitos fundamentais imposta pelo legislador penal é, em princípio, admitida pela Constituição⁵⁶⁶. Nesse mesmo sentido, a Corte colombiana afirmou que o Estado, por meio do procedimento democrático de adoção das leis, tipifica as condutas proibidas e fixa as respectivas sanções, e que este trabalho histórico – de desenvolvimento da política criminal – acolhe ou abandona distintas e sucessivas filosofias punitivas, que podem ser mais ou menos drásticas, segundo o próprio legislador as considere politicamente necessárias e convenientes⁵⁶⁷.

A Corte constitucional da Colômbia, ao afirmar a constitucionalidade das penas estabelecidas para os delitos de aborto (quatro meses a um ano), infanticídio (um a três anos) e abandono de recém-nascido (seis meses a três anos), nos casos em que a mulher tenha engravidado como decorrência de violência sexual, reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que a inconstitucionalidade de uma norma só ocorre *“na hipótese de sua oposição objetiva*

⁵⁶⁴ Corte Constitucional da Espanha, Sentencia SSTC-55, de 1996.

⁵⁶⁵ A análise empírica da jurisprudência espanhola mostrou que o Tribunal constitucional controla a constitucionalidade das leis penais com frequência semelhante àquela encontrada em outros setores do ordenamento jurídico. V. CORONA, Gómez. El control de constitucionalidad de la ley en España. Análisis de la jurisprudencia constitucional, *Revista de Derecho Político*, n. 74, 2009, p. 263 e ss.

⁵⁶⁶ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia T-002, de 1992.

⁵⁶⁷ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-609, de 1996.

aos princípios e mandatos da Constituição”⁵⁶⁸. Segundo a Corte, porém, essa oposição é muito difícil de se estabelecer quando “*o artífice do preceito controlado goza de uma margem de apreciação a ele reconhecido pela mesma Carta*”, como ocorre no caso da produção de normas penais⁵⁶⁹. No mesmo julgamento, a Corte afirmou que “*a verificação acerca de se uma sanção penal é suficiente ou não em relação à infração para a qual se contempla envolve a elaboração de um juízo de valor que, exceto nos casos de manifesta e inegável desproporção ou irrazoabilidade, escapa ao âmbito de competência dos juízes*”⁵⁷⁰. Para a Corte colombiana, o legislador tem liberdade para “*criar ou suprimir figuras criminosas, introduzir classificações entre elas, estabelecer modalidades punitivas, graduar as penalidades aplicáveis, fixar a classe e a magnitude delas de acordo com critérios de agravamento ou mitigação de comportamentos penalizados, tudo de acordo com a apreciação, análise e ponderação que efetue acerca dos fenômenos da vida social e o maior ou menor dano que certos comportamentos causam*”⁵⁷¹.

Essa orientação jurisprudencial, que defende a necessidade de preservar a estrita autocontenção da jurisdição constitucional no campo penal, está baseada, na síntese de Bernal Pulido, em quatro argumentos principais⁵⁷². Primeiro, as questões sobre se é correto punir uma conduta e sobre qual deve ser a pena a se impor não têm respostas que possam ser deduzidas, com absoluta certeza, dos direitos fundamentais, nem encontram amplo e unívoco consenso social. Segundo, se não existe certeza acerca da correção dos tipos penais e das penas, é lógico deduzir que “*a determinação dos comportamentos que merecem sanção e o estabelecimento de sua natureza, alcance e da respectiva dosimetria punitiva*”⁵⁷³ é assunto reservado apenas ao legislador (reserva de lei). Terceiro, essa ampla margem de discricionariedade do legislador abrange a liberdade para decidir se um direito ou um bem jurídico deve ser protegido por normas penais ou por outros ramos do direito, matéria que foge à competência dos juízes – “só

⁵⁶⁸ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-013, de 1997.

⁵⁶⁹ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-013, de 1997.

⁵⁷⁰ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-013, de 1997.

⁵⁷¹ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-013, de 1997. No Brasil, essa postura foi adotada em precedente do STF em 2003: “ Sob o pretexto de ofensa ao artigo 5º, caput, da Constituição Federal (princípios da igualdade e da proporcionalidade), não pode o Judiciário exercer juízo de valor sobre o quantum da sanção penal estipulada no preceito secundário, sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de consequência, incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes. Ao Poder Legislativo cabe a adoção de política criminal, em que se estabelece a quantidade de pena em abstrato que recairá sobre o transgressor de norma penal. Recurso Extraordinário conhecido e desprovido” (RE 358315, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 12/08/2003).

⁵⁷² BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 121.

⁵⁷³ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-591, de 1993.

ao legislador compete estabelecer a necessidade de utilizar o direito penal, como ultima ratio, ou optar por outro tipo de medida alternativa”⁵⁷⁴. Por último, o argumento da “liberdade positiva”, com base no qual “*o legislador é a instância que deve definir as condutas sobre as quais se projeta a liberdade do indivíduo, e a legislação penal é uma das principais formas de definir por via negativa os contornos dessa liberdade*”⁵⁷⁵.

Desses quatro grupos de argumentos, o último deles – o da “liberdade positiva” – é claramente rejeitado por Bernal Pulido, que defende que a liberdade consagrada pela Constituição é a “liberdade negativa”, ou seja, “*a liberdade de fazer ou omitir o que se queira*”⁵⁷⁶. Em linha com esse entendimento, Daniel Sarmento defendeu, ao revisar sua posição anterior sobre o mesmo tema, que o direito constitucional brasileiro consagra um direito geral de liberdade, um direito residual, “*que incide quando não se aplicarem outras liberdades específicas consagradas na Constituição*”⁵⁷⁷. Para esse autor, o principal argumento em favor do reconhecimento de um direito geral de liberdade reside na exigência de racionalização de qualquer medida que vede ou imponha conduta às pessoas⁵⁷⁸. Disso resulta, segundo Sarmento, não apenas a necessidade previsão legal das medidas restritivas, como também que elas passem no teste da proporcionalidade. Com base nessa premissa, se conclui que a lei penal não define o conteúdo da liberdade individual garantida pelos direitos fundamentais. Ao contrário, o legislador é que, por meio do direito penal, intervém no âmbito de liberdade geral, e, por isso, exige justificação com base na proteção (proporcional) de outros direitos e bens jurídicos⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 121.

⁵⁷⁵ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 121.

⁵⁷⁶ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 122.

⁵⁷⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: Conteúdo, trajetória e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 158. No direito italiano, vale referir a posição defendida por Modugno no sentido de que há um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade. V. MODUGNO, Di Franco. *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 5 e ss.

⁵⁷⁸ Também nesse sentido, V. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 168-173.

⁵⁷⁹ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 123.

Os outros três grupos de argumentos, segundo Bernal Pulido, são ao menos parcialmente procedentes e conferem algum respaldo à tese estrita da autocontenção⁵⁸⁰. *Primeiro*, é mesmo raro que a criminalização esteja baseada em premissas analíticas, normativas e empíricas certas e amplamente compartilhadas socialmente. *Segundo*, também é certo que a própria Constituição imputa exclusivamente ao legislador a competência para criar tipos penais (reserva legal). *Terceiro*, cabe prioritariamente ao legislador avaliar quando é necessário acionar o direito penal para a proteção de direitos e outros bens jurídicos.

Entretanto, enfatiza Bernal Pulido, a procedência parcial desses argumentos não implica que o direito penal esteja excluído do campo de atuação da jurisdição constitucional⁵⁸¹. Também não justifica que o controle de constitucionalidade de normas penais se restrinja às situações de absoluta evidência da ilegitimidade da lei, ou seja, se dirija somente a extirpar claros excessos cometidos pelo legislador. No limite, a tese estrita da autorrestrição levaria à conclusão de que o controle de constitucionalidade das leis penais se limitaria aos aspectos formais (reserva legal e processo legislativo) e aos limites materiais explícitos (vedação à pena de morte, à tortura, à pena perpétua)⁵⁸². Segundo esse modelo de profunda autocontenção da jurisdição constitucional no campo penal, normas penais desproporcionais ou carentes de justificação racional plausível, que não se revelassem completos absurdos, escapariam ao controle de constitucionalidade.

Na tentativa de superar os inconvenientes da tese estrita da autorrestrição, uma *segunda corrente* sobre como resolver a tensão entre o legislador penal e a Corte constitucional defende a ideia de que toda criminalização implica sempre uma intervenção nos direitos fundamentais e que a Corte constitucional tem competência para aferir se tal intervenção penal é legítima. O

⁵⁸⁰ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 123.

⁵⁸¹ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 123.

⁵⁸² Essa proposta se aproxima do modelo tipicamente kelseniano de jurisdição constitucional. Como se sabe, era praticamente ausente, para Kelsen, o papel da jurisdição constitucional na solução de tensões entre a legislação e os direitos. Muito embora Kelsen não desprezasse a função política da Constituição de fixar limites ao poder, afastava a possibilidade da própria inclusão no texto constitucional de valores como a igualdade, a justiça ou a equidade, exatamente em razão da imprecisão dessas expressões. Na concepção de Kelsen, portanto, a Constituição representava o conjunto de regras de organização estatal e a jurisdição constitucional se limitaria a preservar a higidez normativa dessas regras. Nesse modelo, o legislador somente estaria vinculado à Constituição em relação ao procedimento que ela prescreve para a produção do direito e somente de forma muito excepcional ao conteúdo que essas leis devam ter. V. KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade – Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Supremo Tribunal Federal, no Brasil, também tem afirmado que a lei penal, por impor restrição a direitos dotados de fundamentalidade, está sujeita ao controle jurisdicional, que tem legitimidade para expurgar excessos punitivos praticados pelo legislador⁵⁸³.

A própria Corte constitucional colombiana, aderindo, em alguma medida a essa segunda corrente, já reconheceu que a função da jurisdição constitucional não consiste unicamente em suprimir as limitações arbitrárias que o legislador imponha aos direitos fundamentais, mas também aquelas que sejam desnecessárias, inúteis ou desproporcionais⁵⁸⁴. Há também posição semelhante em julgado do Tribunal constitucional espanhol, em que se afirma que, como a lei penal é constitucionalmente mais invasiva e afeta de modo peculiar os direitos e bens constitucionais, deve ser mais intenso e mais exigente o papel de controle por parte da jurisdição constitucional⁵⁸⁵.

Essa segunda tese, ao propor a necessidade de efetivo exercício da jurisdição constitucional em relação às leis penais, não se apresenta de forma unívoca: vai desde a defesa de que o Tribunal constitucional deve colocar em um ponto alto a linha da intolerabilidade das normas penais em relação ao princípio da proporcionalidade (submetendo-o a um teste leve de constitucionalidade) até a ideia de submissão delas ao teste mais rigoroso de constitucionalidade (*strict scrutiny*)⁵⁸⁶. Como se verá adiante, cabem nessa segunda grande tese as mais diversas propostas de parametrização do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis penais.

⁵⁸³ Na síntese do Ministro Celso de Mello, referindo-se ao precedente em que o STF declarou a inconstitucionalidade da vedação absoluta à conversão de penas privativas de liberdade em restritiva de direitos pela Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), “o Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo critério da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo” (STF, HC 108026, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 27.03.2012).

⁵⁸⁴ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 122.

⁵⁸⁵ Nesse precedente, o Tribunal constitucional afirmou que “na perspectiva institucional própria da delimitação das funções respectivas do legislador penal e deste Tribunal Constitucional, se deve precisar que a própria Constituição, longe de submeter a ação do legislador aos mesmos limites substantivos com independência do objeto sobre o qual esta se projete ou o tipo de decisões que incorpore, contempla limites mais exigentes no caso das normas penais que em outras decisões do legislador, devido, precisamente, ao alcance dos efeitos que daquelas se derivam, pois quanto mais intensa seja a restrição dos princípios constitucionais e, em particular, dos direitos e liberdades reconhecidos no texto constitucional, tanto mais exigentes são os pressupostos substantivos da constitucionalidade da medida que os produz” (Corte Constitucional da Espanha, Sentencia STC-60, de 2010).

⁵⁸⁶ A defesa desse teste escrutínio estrito para o controle de constitucionalidade das leis penais se baseia, em primeiro lugar, no caráter especialmente gravoso das normas penais; e, em segundo lugar, na possibilidade que esse parâmetro de controle oferece para o exame das consequências da aplicação das normas penais, inclusive para fins de avaliar se as finalidades da pena se realizam ou não. V. CHIA, Eduardo A.. El Tribunal Constitucional chileno y los límites del derecho penal: breve examen crítico. *Revista de Derecho Público*, n. 76, 2012, p. 366.

Contribui para essa diversidade de compreensões sobre a função que o princípio da proporcionalidade deve exercer nesse campo a falta de um emprego racional e metodologicamente controlado desse princípio tanto pela doutrina como pela jurisprudência⁵⁸⁷. Também deve ser considerado o fato de que, apesar das bem-sucedidas tentativas de tornar metodológica e objetivamente controlável o processo ponderativo, esse não é um procedimento argumentativo que conduz, em todos os casos e com precisão matemática, a um único resultado correto⁵⁸⁸.

Partindo do reconhecimento do direito geral à liberdade, entende-se que as restrições a esse direito devem estar justificadas em razão do favorecimento a outros direitos e bens constitucionais e ser proporcionais. Aplicadas essas premissas ao direito penal, se convencionou que “*a tipificação penal de uma conduta implica uma intervenção na liberdade geral de ação e que, como tal, deve estar justificada, e ademais que a pena prevista deve guardar proporção com a proteção dos direitos e bens que justifiquem sua eventual imposição*”⁵⁸⁹. Essas exigências que incidem sobre a atividade do legislador penal – dever de justificação e respeito ao princípio da proporcionalidade – resultam, para essa corrente, na atribuição à Corte constitucional “*da competência para controlar efetivamente a legislação penal em relação a esses aspectos*”⁵⁹⁰. Esse efetivo exercício da jurisdição constitucional em relação às leis penais demanda que a Corte constitucional não se limite ao controle do irrazoável ou do arbitrário, mas examine detidamente a proporcionalidade das medidas adotadas pelo legislador criminal.

Por fim, uma *terceira tese* defende que o legislador penal também pode ofender os direitos fundamentais quando o baixo rigor punitivo da norma não permita oferecer uma proteção suficientemente efetiva aos bens e direitos tutelados. Partindo da ideia de que o direito penal constitui meio de proteção de direitos fundamentais contra ingerências indevidas do poder

⁵⁸⁷ SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 149.

⁵⁸⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF, In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 193.

⁵⁸⁹ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 124.

⁵⁹⁰ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 124.

público e dos particulares, essa corrente assume a perspectiva de que a criação de tipos penais e a atribuição de penas não está inteiramente entregue à discricionariedade legislativa: em algumas situações, os direitos fundamentais impõem ao Estado um dever de proteção que se traduz na necessidade de criminalizar condutas e impor penas. Segundo essa perspectiva, também incumbe à jurisdição constitucional o controle da suficiência do direito penal para a proteção de direitos e bens constitucionais⁵⁹¹.

Esses *três modelos-base* de relacionamento entre a jurisdição constitucional e o legislador penal representam, de maneira simplificada, as diversas graduações ou intensidades do controle de constitucionalidade das leis penais. A tese estrita da *autocontenção* se aproxima da ideia de quase-soberania do Parlamento em matéria penal e tem como pano de fundo a ideia de que, no campo penal, a Constituição consubstancia uma tênue e restrita limitação negativa ao legislador penal. Embora a defesa dessa postura quase nunca envolva o reconhecimento explícito de que a jurisdição constitucional deve abdicar do controle das normas penais, o resultado prático equivale à sua renúncia. Afinal, um controle limitado aos aspectos formais de criação das leis penais e aos conteúdos materiais explicitamente contidos na Constituição implica exigir muito pouco do Parlamento: o respeito ao princípio da reserva legal e a não-violação de regras constitucionais cujo conteúdo seja incontestável.

A segunda tese afirma que cabe à jurisdição constitucional o controle efetivo da validade das restrições impostas pela lei aos direitos fundamentais, inclusive na esfera penal. Isso significa imputar às Cortes constitucionais o *dever de examinar se as leis penais apresentam justificção racional*, ou seja, se elas se ajustam ao princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Essa segunda tese corresponde, em termos gerais, à aplicação à atividade legislativa na seara penal da compreensão jurisprudencial amplamente majoritária segundo a qual todos os atos do poder público, inclusive as leis, estão sujeitas ao controle jurisdicional de constitucionalidade sob o prisma do princípio da proporcionalidade⁵⁹². A adoção dessa segunda tese não implica,

⁵⁹¹ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 125-128. Na defesa dessa tese, vale destacar, no Brasil, as seguintes contribuições doutrinárias: FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁵⁹² No Brasil, essa compreensão foi assim resumida pelo Ministro Celso de Mello: “[o] exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se no âmbito da própria fiscalização de

necessariamente, a aceitação apriorística da ideia de que as leis penais devem passar por um escrutínio mais intenso do que as leis em geral. Apesar disso, como se demonstrará no capítulo 6, a intensidade da restrição a direitos fundamentais imposta pela lei penal e pela sua concreta aplicação – que, usualmente, impõe aos condenados restrições a outros direitos fundamentais, na maior parte das vezes sem suporte legal ou constitucional – repercute de maneira bastante relevante no resultado da filtragem constitucional das leis penais operado pela sua submissão ao princípio da proporcionalidade.

A terceira tese vai além: atribui à jurisdição constitucional não só o controle dos excessos punitivos – as restrições inúteis, desnecessárias e desproporcionais –, mas também o *controle da insuficiência das normas penais* para a proteção de direitos e bens constitucionais. Essa tese acolhe uma versão forte da ideia de Constituição-fundamento, mas lhe confere conotação bastante diferente daquela formulada ao longo do século XX na dogmática penal: além de acolher a noção de que a Constituição pré-determina os bens jurídicos passíveis de tutela penal (com a intenção de limitar o poder punitivo do Estado), compreende que tais bens jurídicos não apenas podem, mas devem, necessariamente, ser tutelados pela norma penal.

A noção desenvolvida pela dogmática penal de que, no campo penal, a Constituição desempenha um papel mais relevante do que de mero limite negativo é recepcionada por essa terceira tese para concluir que os bens jurídicos constitucionais condicionam materialmente a atividade legislativa de forma tão intensa que impõem a obrigação constitucional de incriminar condutas e lhes cominar penas. As Cortes seriam competentes, segundo essa visão, para identificar os déficits do direito penal, afirmando a necessidade de expansão ou de endurecimento do tratamento criminal de determinadas formas de ofensa a bens jurídicos.

A adoção dessa terceira tese – baseada na premissa de que o legislador penal também pode ofender os direitos fundamentais quando o baixo rigor punitivo da norma não permita oferecer uma proteção suficientemente efetiva aos bens jurídicos – repercute de duas maneiras no exercício da jurisdição constitucional. Em primeiro lugar, ela investe os Tribunais constitucionais da competência de verificar se a falta de atuação do legislador penal em

constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. - O princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do ‘due process of law’” (STF, HC 99832, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 17.11.2009).

determinado setor produz como resultado uma omissão inconstitucional baseada na constatação de que um determinado bem jurídico relevante constitucionalmente se encontra desprotegido pela falta ou pela deficiência da atividade de criminalização primária. Em segundo lugar, ela pode afetar o modo como os Tribunais constitucionais interpretam as leis penais, impactando, por exemplo, a maneira como eles controlam a constitucionalidade de determinadas leis em face de outros princípios (*i.e.*, o princípio da lesividade). Entretanto, como parece óbvio à luz do princípio básico da reserva de lei no campo penal, acolhido por todas as sociedades civilizadas, a adoção dessa terceira tese não implica investir os Tribunais constitucionais na função de legisladores positivos em matéria penal, permitindo que eles mesmos supram as supostas omissões do legislador penal violadoras do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente.

A primeira compreensão sobre a relação entre a jurisdição constitucional e o direito penal (estrita autorrestrição) exclui, em princípio, as outras duas (controle efetivo da racionalidade das normas penais e controle da insuficiência desses normas). A tese da estrita autorrestrição (ou da rígida autocontenção) coincide com a tese do controle efetivo da racionalidade das normas penais apenas quanto à excepcional incidência do controle de constitucionalidade em relação aos excessos evidentes (abusos incontestáveis ou leis absurdas). Fora desse espaço amplamente consensual – de que a Constituição impõe um limite mínimo à atividade legislativa no campo penal –, as duas primeiras teses se contrapõem no que diz respeito à possibilidade e legitimidade do controle jurisdicional da proporcionalidade das leis penais.

As discrepâncias radicais entre essas duas teses têm repercussão prática. Apenas aqueles que deslegitimam qualquer forma de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis podem assumir a tese da soberania parlamentar absoluta em matéria penal⁵⁹³. Para além dessa visão ultra restritiva, as diferenças entre essas duas teses dizem respeito à intensidade do controle. É consensual a noção de que os Tribunais constitucionais devem controlar a constitucionalidade das leis, e também de que há um caráter legitimador nas decisões políticas baseadas na democracia e no princípio majoritário. A questão principal, portanto, está em saber se a jurisdição constitucional deve praticar um intenso *self-restraint*, ou se, ao contrário, devem

⁵⁹³ Essa seria uma consequência natural da oposição radical ao controle de constitucionalidade das leis defendido, entre outros, por Waldron, com base na ausência de legitimidade democrática dos juízes constitucionais. V. WALDRON, Jeremy. *Law & disagreement*. Oxford: Oxford University press, 1999.

realizar um escrutínio rigoroso das leis penais em face das normas constitucionais. A oposição entre o núcleo duro dessas duas teses revela aquilo que Michael Bunzel denominou de “dilema constitucional do direito penal”: de um lado, se reconhece ao legislador ampla margem para criação de normas penais; por outro, se exige das Cortes constitucionais, especialmente nesse campo tão invasivo como o direito penal, que o legislador observe os preceitos constitucionais⁵⁹⁴.

A terceira e última tese, por não se contentar com a atuação da jurisdição constitucional na contenção dos excessos punitivos, dá um passo adiante para atribuir às Cortes constitucionais o papel de controlar também a insuficiência das leis penais para a garantia dos direitos e bens constitucionais. Trata-se, portanto, de tese complementar à segunda tese, que propõe a necessidade do controle efetivo da racionalidade das normas penais pela jurisdição constitucional. A circunstância de se atribuir à jurisdição constitucional a função do controle dos excessos da lei penal não é, *a priori*, incompatível com a proposta de lhe atribuir o controle das deficiências (insuficiências) da lei penal. Contudo, mesmo aqueles que, como Daniel Sarmiento, admitem o controle jurisdicional das leis tanto sob o prisma da contenção do excesso como da proteção insuficiente defendem a adoção de uma postura de maior contenção no controle da proibição de proteção insuficiente quando comparada com a postura exigida no campo do controle do excesso⁵⁹⁵. Essa diferença entre o rigor adotado para o controle do excesso punitivo e o controle da insuficiência de proteção apresenta efeitos bastante relevantes no

⁵⁹⁴ BUNZEL, Michael, “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”, In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 155.

⁵⁹⁵ A propósito, Daniel Sarmiento afirma o seguinte: “Portanto, de acordo com Canaris, tanto a função legislativa como a jurisdicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos fundamentais, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, uma vez que normalmente há múltiplas formas constitucionalmente admissíveis para assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Assim, o recurso à ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade, torna-se geralmente necessário para o equacionamento da questão. Sem embargo, no caso de influência dos direitos fundamentais através da proibição de intervenção estatal, recorre-se à dimensão do princípio da proporcionalidade como vedação do excesso, no qual há espaço para um controle mais rigoroso da conduta dos poderes públicos. Já no caso da influência destes direitos através do imperativo de tutela, a dimensão pertinente do princípio da proporcionalidade é a da proibição de insuficiência, em que o controle é mais brando” (SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011, p. 74).

desenvolvimento de parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis penais, como mais a frente, em capítulo específico, se procurará demonstrar.

Pode-se afirmar, desde logo, que as dificuldades de comprovação da eficácia da restrição aos direitos fundamentais pressuposta pela norma penal e a constante insuficiência de justificação racional para a imposição de penas conduzem, em linha de princípio, a um aumento do rigor do controle da legitimidade das leis penais na perspectiva da proibição do excesso, mas não se revelam aptas a justificar a intervenção da jurisdição constitucional na direção do controle da proteção insuficiente de direitos fundamentais. As incertezas que cercam as premissas fáticas e jurídicas que sustentam as normas penais tornam a jurisdição constitucional mais propensa ao controle do excesso do que ao controle da proteção insuficiente.

Como visto, as teses centrais sobre o papel da jurisdição constitucional em matéria penal podem ser assim resumidas: a primeira corresponde ao reconhecimento de que a política criminal é um assunto de competência exclusiva do legislador, em prestígio ao princípio democrático; a segunda afirma que o direito penal representa uma intervenção nos direitos fundamentais; e a terceira defende que o direito penal constitui um instrumento de garantia dos direitos fundamentais⁵⁹⁶. Bernal Pulido sustenta que essas três teses, aparentemente contrapostas, podem se harmonizar sem maiores dificuldades⁵⁹⁷. Isso porque, em seu conjunto, essas teses afirmam que os direitos fundamentais limitam a atividade do legislador penal, tanto na sua dimensão negativa (controle dos excessos) como na sua dimensão positiva (controle da proteção insuficiente), sem deixar de reconhecer que o legislador goza de uma amplíssima margem de apreciação. Em síntese, os direitos fundamentais impõem certos mandatos e proibições intransponíveis ao legislador, que, por outro lado, tem liberdade para traçar a política criminal que considere pertinente.

A proposta de harmonização dessas três teses, tal como apresentada por Bernal Pulido, reafirma certas compreensões gerais sobre o tema, mas ainda carece do desenvolvimento de parâmetros racionalmente aceitáveis para o concreto exercício da jurisdição constitucional no

⁵⁹⁶ VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis Andrés. *El control constitucional de leyes penales en el marco de un modelo racional de legislación penal*. 2014. Tese (Doutorado) – Universidad de Málaga, Málaga, p. 112.

⁵⁹⁷ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005,

campo penal⁵⁹⁸. Ele próprio dirige à jurisprudência constitucional colombiana – frequentemente baseada na teoria interna dos direitos fundamentais – uma crítica bastante pertinente: afirmar que o legislador possui ampla liberdade para, na formulação da política criminal, criar delitos e cominar penas, desde que não viole o núcleo essencial de direitos fundamentais, constitui um mero pleonismo. Essa afirmação não passa, para Bernal Pulido, de uma estratégia retórica que encobre o puro *intuicionismo*⁵⁹⁹.

A mesma crítica pode ser dirigida às tentativas de justificar os limites constitucionais à legislação penal com base na teoria externa dos direitos fundamentais⁶⁰⁰. Não é incomum encontrar, seja na doutrina, seja na jurisprudência, a repetição irrefletida do dogma segundo o qual o legislador possui ampla liberdade de ação ou de apreciação em matéria penal, limitada apenas pela necessidade de respeitar o princípio da proporcionalidade. Sem qualquer compromisso com uma aplicação precisa e racionalmente justificada do princípio da proporcionalidade, a mera afirmação de que os direitos fundamentais devem cumprir o papel de limitar excessos e evitar as deficiências de proteção no âmbito do direito penal não tem qualquer significado real para o desenvolvimento de uma cultura de racionalização do poder punitivo. No Brasil, como observou Daniel Sarmento, a invocação do princípio da proporcionalidade nem sempre envolve um emprego racional e metodologicamente controlado

⁵⁹⁸ Essa compreensão geral sobre o tema foi assim resumida pelo Ministro Luís Roberto Barroso: “No controle de constitucionalidade em geral, é preciso cuidado para respeitar o legítimo espaço de discricionariedade política do legislador. Isto é especialmente verdadeiro em sede penal, na qual há uma relativa liberdade legislativa para a seleção dos bens jurídicos relevantes, a tipificação das condutas e a definição das penas. Essa liberdade, entretanto, não pode prevalecer em casos de evidente violação à Constituição” (STF, ADPF 291, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 28.10.2015).

⁵⁹⁹ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 131.

⁶⁰⁰ Para Virgílio Afonso da Silva, a diferença entre as teorias interna e externa dos direitos fundamentais pode ser assim sintetizada: “Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanentes), a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições. Essa diferença, que pode parecer insignificante, uma mera filigrana teórica, tem, no entanto, grandes consequências, práticas e teóricas. Boa parte daquilo que doutrina e jurisprudência muitas vezes tomam como dado, é, na verdade, produto dessa simples divisão teórica entre o direito em si e suas restrições. É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque é somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu exercício, que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*. A não-atenção a essa simples distinção pode ser fonte de algumas incompreensões teóricas” (SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito de estado*, n. 4, 2006, p. 38-39).

do seu conteúdo⁶⁰¹, abrindo espaço para a afirmação de preferências subjetivas, incapazes de calibrar o grau de deferência da jurisdição constitucional em relação ao legislador penal.

Essa primeira síntese dos grandes *modelos-base* de relacionamento entre a jurisdição constitucional e o legislador penal oferece um pano de fundo para uma primeira aproximação do tema. A jurisdição constitucional costuma se valer dessas três teses principais para justificar ora uma postura de maior deferência ao legislador penal, ora de menor deferência, numa mistura de fundamentos nem sempre conciliáveis entre si. A utilização simultânea de argumentos extraídos da teoria interna e da teoria externa dos direitos fundamentais constitui uma primeira deficiência no processo de fundamentação das premissas teóricas apresentadas pelos Tribunais constitucionais para examinar a legitimidade das normas penais⁶⁰². Mas esse não é o único nem o principal problema.

O maior consenso doutrinário angariado pela teoria externa, mesmo quando incorporado à jurisprudência constitucional, não resolve os impasses sobre o modo como as Cortes constitucionais devem controlar a validade das normas penais. Isso porque que “*a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico, e não sistemático*”⁶⁰³. O recurso à estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade pode esconder uma nova forma de reprodução retórica de *intuicionismos*: se afirma que as leis penais devem ser tidas como válidas pela jurisdição constitucional desde que

⁶⁰¹ SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 149.

⁶⁰² Virgílio Afonso da Silva bem demonstra, na aplicação jurisprudencial do princípio da proporcionalidade, o uso de ideias inconciliáveis entre si, ora tiradas da teoria interna e ora da teoria externa dos direitos fundamentais: “Como será visto nos próximos tópicos, a simples menção a termos como restrição a direitos fundamentais, sopesamento, ponderação ou proporcionalidade, que, via de regra, sobretudo na jurisprudência, são utilizados como se estivessem destacados de qualquer pressuposto teórico, exige uma clara compreensão da relação entre o direito, de um lado, e seus limites ou restrições, de outro. A precisão terminológica, neste ponto, é inafastável, pois há diversos termos, que muitas vezes são usados em conjunto, mas que, analiticamente enfocados, são incompatíveis entre si. Ideias como a de limites imanentes, por exemplo, não são passíveis de convivência, em uma mesma teoria, com termos como restrição a direitos, abuso de direito ou sopesamento. Isso porque, entre outros motivos, quando se parte de uma teoria interna, que é aquela que sustenta que o direito e seus limites são algo uno, ou seja, que os limites são imanentes ao próprio direito, isso exclui que outros fatores externos, baseados, por exemplo, na ideia de sopesamento entre princípios, imponham qualquer restrição extra.” (SILVA, Virgílio Afonso. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006, p. 36-37)

⁶⁰³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23, abr. 2002. V., sobre essa preocupação metodológica no controle de constitucionalidade de leis penais, Díez Ripollés, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 75, set./dez. 2005, p. 84.

passem pelo filtro da proporcionalidade, sem que isso represente um efetivo controle sobre a racionalidade da restrição imposta pelo legislador penal aos direitos fundamentais.

A mera reprodução de intuições e mantras retóricos sobre o papel da jurisdição constitucional no controle da legitimidade das leis penais não tem contribuído para a mudança da ampla e progressiva degradação do sistema de justiça criminal brasileiro. A pretendida constitucionalização do direito penal no Brasil exige uma profunda observação da realidade brasileira e o desenvolvimento de parâmetros normativos claros de atuação da jurisdição constitucional nesse campo do direito.

A jurisprudência do STF tem mantido, em geral, elevado grau de deferência ao legislador penal. O Tribunal tem enfatizado ao longo dos anos que o legislador conta com amplíssima margem para desenhar a política criminal – *i.e.* escolher os bens jurídicos que exijam proteção especial, definir a tipificação penal das condutas e estabelecer o conteúdo e a quantidade de sanção para cada delito. Também tem afirmado que essa competência para definir os rumos da política criminal é exclusiva do legislador. Essas premissas têm sido reiteradas em inúmeras decisões. A título exemplificativo, o STF já afirmou que não cabe ao Poder Judiciário *“exercer juízo de valor concente ao quantum da sanção penal, estipulada no preceito secundário, que deverá recair sobre o transgressor de norma penal, sob pena de usurpação da função legislativa e, por via de consequência, incorrer em violação ao princípio da separação de poderes”*, concluindo que *“ao Poder Legislativo compete a análise, mediante os recursos próprios, sobre a política criminal a ser adotada no combate ao crime”*⁶⁰⁴.

O Supremo Tribunal Federal também reconheceu que o regime jurídico da prescrição penal configura matéria de política criminal, cuja definição incumbe exclusivamente ao legislador⁶⁰⁵. Nesse caso, o STF reconheceu que a Lei 12.234/2010, que excluiu a contagem retroativa (entre o fato e o recebimento da denúncia) da prescrição da pretensão punitiva, *“se insere na liberdade de conformação do legislador, que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde*

⁶⁰⁴ O caso examinado tratava da alegação de inconstitucionalidade da pena imputada ao crime de furto em concurso de pessoas, sob a alegação de que, nas mesmas circunstâncias, o crime de roubo (mais grave) era punido de forma mais branda. V. STF, RE 358315, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 12.08.2003.

⁶⁰⁵ STF, HC 122694, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 10.12.2014.

que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade”⁶⁰⁶. Assim, seria questão de política criminal, a cargo do legislador, estabelecer se a prescrição, enquanto não ocorrido o trânsito em julgado, deveria ser regulada pela pena abstrata ou concreta, bem como, nesta hipótese, definir a expansão dos efeitos *ex tunc*.

Do mesmo modo, ao reconhecer a constitucionalidade da reincidência como circunstância agravante da pena, o STF enfatizou que esse instituto comporia consagrado sistema de política criminal, em relação ao qual o Judiciário deveria ser deferente⁶⁰⁷. Também na decisão que reconheceu a constitucionalidade da configuração do delito de posse ou porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com a lei, o Supremo registrou que essa opção legislativa seria uma forma de concretização de “*uma Política Criminal de valorização do poder-dever do Estado de controlar as armas de fogo*”⁶⁰⁸. Em outra oportunidade, o STF afirmou que o juízo de conveniência sobre a atribuição de proteção penal a determinado bem jurídico – *e.g.*, relações de consumo – configura questão de política criminal, que compete exclusivamente ao legislador⁶⁰⁹.

Além desses exemplos, a elevada deferência do STF ao legislador penal é demonstrada, até com maior clareza, pelo fato de o Tribunal não decidir uma série de temas de grande relevância constitucional – seja por não colocar em julgamento seja por não concluir o julgamento. A título ilustrativo, veja-se que o julgamento do recurso extraordinário que discute a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas ilícitas para uso pessoal teve início em 2015, contando com três votos favoráveis à declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 – dos Ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin. Contudo, após ter sido interrompido por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki ainda no ano de 2015, o processo ainda não foi retomado, aguardando, há mais de dois anos o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes⁶¹⁰. Outro exemplo é o caso do aborto. Depois de importante decisão da 1ª Turma do STF que, por maioria de votos, revogou prisão preventiva de acusado de contribuir para realização de aborto voluntário nos três primeiros meses de gestação por

⁶⁰⁶ STF, HC 122694, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 10.12.2014.

⁶⁰⁷ STF, RE 453000, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 04/04/2013.

⁶⁰⁸ STF, HC 110697, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 25.09.2012.

⁶⁰⁹ STF, HC 88077, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 31.10.2006.

⁶¹⁰ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

considerar, entre outros motivos, que a criminalização seria inconstitucional⁶¹¹, o debate sobre o tema no STF parece não ter espaço para avançar. É que não há chances reais de a ADPF 442 – que discute o tema da constitucionalidade da criminalização do aborto voluntário nos três primeiros meses de gravidez no controle concentrado – entrar em pauta para julgamento do plenário do Tribunal. Na primeira entrevista coletiva concedida após assumir a presidência do STF, o Ministro Dias Toffoli afirmou que *“ainda não foi solicitada a inclusão em pauta, mas reafirmou seu entendimento pessoal de que o Congresso Nacional é o lugar mais adequado para tal discussão”*⁶¹².

Há também uma série de outras ações de constitucionalidade questionando leis penais e processuais penais de grande relevância que aguardam julgamento pelo STF: (i) na ADI 5901 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) questiona dispositivos do Código Penal Militar, inseridos pela Lei 13.491/2017, que preveem hipóteses de competência da Justiça Militar para julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis⁶¹³; (ii) nas ADCs 43 e 44 a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Partido Ecológico Nacional (PEN) pretendem o reconhecimento da constitucionalidade do art. 283 do CPP, que estabelece que a execução da pena de prisão só pode ter início após o trânsito em julgado da sentença condenatória; (iii) na ADI 4768 se pretende o reconhecimento da inconstitucionalidade da repartição especial nas salas de audiências criminais – dada a maior proximidade física entre acusador e juiz e o desnível entre acusador e defensor na distribuição de tablados⁶¹⁴; (iv) na ADI 5097 se requer o reconhecimento da inconstitucionalidade do delito de realizar esterilização cirúrgica voluntária sem o consentimento expresso do cônjuge (art. 10, § 5º, da Lei 9.263/1996), por violação à autonomia da mulher⁶¹⁵; (v) na ADPF 496 se discute a compatibilidade do crime de desacato (art. 331 do CP) com os princípios constitucionais da liberdade de expressão, da igualdade e da legalidade⁶¹⁶; e (vi) na ADPF 347 se pretende o reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro – já contido no provimento cautelar

⁶¹¹ STF, HC 124306, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 09.08.2016.

⁶¹² Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389887>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁶¹³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370651>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁶¹⁴ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4233888>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁶¹⁵ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁶¹⁶ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300439>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

proferido em 2015⁶¹⁷ –, e o deferimento de medidas concretas aptas a paralisar a massiva violação de direitos fundamentais a que estão submetidos os milhares de presos brasileiros⁶¹⁸.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal demonstrou, em importante sequência de decisões, clara disposição para avaliar a legitimidade das leis penais sob a ótica do respeito aos direitos fundamentais. Um grupo relevante de decisões elevou o princípio da constitucional da individualização da pena (o art. 5º, inciso XLVI, da Constituição) ao patamar de efetivo mecanismo de contenção da ampliação do poder punitivo⁶¹⁹. O STF também declarou inconstitucional o aborto de feto anencefálico⁶²⁰ e a “marcha de maconha” (manifestação a favor da descriminalização do porte para uso pessoal de drogas)⁶²¹. Decisões como essas demonstram que, apesar do consenso a respeito da competência do legislador para configurar a política criminal, as leis penais podem ter sua constitucionalidade controlada com maior rigor pelo STF à luz dos direitos fundamentais e a partir do princípio da proporcionalidade.

A jurisdição constitucional brasileira tem mostrado certa ambivalência em relação ao controle de leis penais. De um lado, um conjunto importante de decisões aponta para a adoção de uma postura de extrema deferência ao legislador, dando maior peso aos fins perseguidos pelo legislador (metas coletivas) em detrimento da proteção dos direitos fundamentais. A reticência em julgar temas de grande relevância para o sistema de justiça criminal e a tolerância com as gravíssimas violações de direitos fundamentais de acusados e presos brasileiros também são sinais de uma postura de extrema – e em certa medida injustificável – *autocontenção* do STF no controle de constitucionalidade de leis penais. De outro lado, outro conjunto de decisões

⁶¹⁷ V. STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

⁶¹⁸ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁶¹⁹ O STF (i) declarou a inconstitucionalidade da imposição legal de regime integralmente fechado para os crimes hediondos (HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 23.02.2006), (ii) a inconstitucionalidade da imposição legal obrigatória de regime inicialmente fechado para crimes hediondos (HC 111840, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 27.06.2012), (iii) a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas (HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 01.09.2010). Em cada uma dessas decisões, como se viu, outros fundamentos tiveram alguma função acessória na definição desses resultados. O princípio da individualização da pena também teve papel relevante nas decisões que declararam (iv) a inconstitucionalidade da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo (HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 23.06.2016), (v) a constitucionalidade da proibição de concessão de suspensão condicional do processo e da pena para o crime militar de deserção (HC 119567, Rel. Min. Dias Toffoli, Red. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 22.05.2014), e (vi) a inconstitucionalidade da proibição de concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e de tráfico de drogas (HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012).

⁶²⁰ STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 12.04.2012.

⁶²¹ STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 15.06.2011.

demonstra uma intensificação do controle de constitucionalidade no campo penal. A resistência à asfixia legislativa do momento da individualização judicial da pena revelou o abandono de uma excessiva deferência ao legislador em favor da garantia de direitos fundamentais básicos do réu e do apenado.

A falta de clareza dos parâmetros utilizados para definir a intensidade do controle de constitucionalidade nos diversos ramos do direito – em especial no direito penal – e o déficit de rigor metodológico da argumentação utilizada nessa atividade – o que se revela, por exemplo, pelo uso tópico do princípio da proporcionalidade como mero reforço argumentativo – dificultam a construção de critérios consistentes para dosagem das posturas de *autocontenção* e *proatividade* da jurisdição constitucional no campo penal. Embora não seja compatível com a Constituição de 1988 a adoção de um padrão elevado de *autocontenção* no controle de constitucionalidade de leis penais – especialmente quando essa *autocontenção* é abandonada sistematicamente pela jurisdição constitucional em outros ramos do direito –, a dosagem da *proatividade* necessária à manutenção do equilíbrio entre os ideais da *democracia* e do *constitucionalismo* não é estática nem pode ser padronizada em todas as partes do mundo. No Brasil, as mazelas de um sistema de justiça criminal falido, excludente e desumano se somam a um apetite punitivo dos poderes eleitos em vertiginoso crescimento⁶²². Nesse contexto, as gravíssimas violações aos direitos fundamentais dos investigados, réus e apenados recomendam uma postura mais *proativa* do STF no controle de constitucionalidade exercido no campo penal.

3.4 As deficiências do controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil

A ideia inicial de que a jurisdição constitucional brasileira não incide sobre os diversos ramos do direito de forma coerente – com base nos mesmos pressupostos e parâmetros – parece ser compatível com a produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

⁶²² Nos primeiros dias do novo Governo, o Ministro da Justiça, Sérgio Moro, anunciou projeto de importação do modelo de *plea bargain* norte-americano para o Brasil. Foi o esse o modelo que levou os EUA a ter mais de 2,3 milhões de presos e um sistema de justiça criminal discriminatório, caro e excludente. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-05/moro-trazer-brasil-sistema-acordos-entre-reu-mp-eua>>. Acesso em: 06.01.2019. O Presidente recém-eleito, Jair Bolsonaro, já anunciou ser favorável ao fim da progressão de regime e também das saídas temporárias. V. notícia disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/13/bolsonaro-diz-que-se-depender-dele-e-o-congresso-aprovar-nao-havera-mais-progressao-de-pena-nem-saidas-temporarias-de-presos.ghml>>. Acesso em: 06.01.2019. O Presidente Jair Bolsonaro propôs também a redução da maioria penal. V. notícia disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/15/bolsonaro-defende-reducao-da-maioridade-penal-e-fim-das-saidinhas-nas-prisoas.ghml>>. Acesso em: 06.01.2019.

Alguns exemplos mostram a radical diferença com que o STF tem controlado, de um lado, a constitucionalidade de normas penais e, de outro, normas dos mais diversos ramos do direito público. A relativa facilidade com o STF tem ao longo dos últimos anos declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais com base no princípio da simetria⁶²³ (cuja própria existência deriva de construção jurisprudencial) não se reproduz de modo minimamente coerente no campo do controle da constitucionalidade de leis penais, por exemplo, com base no princípio constitucional da legalidade⁶²⁴ (que exige clareza e determinação prévia da conduta proibida pela norma penal) ou da humanidade das penas⁶²⁵ (que, além de vedar tratamentos cruéis, impõe que a execução das penas tenha aptidão para promover a reinserção social do apenado).

O mesmo Supremo que declarou a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional que parcelou em dez anos os débitos dos entes federados submetidos ao regime de precatório com base na violação ao princípio do acesso à justiça⁶²⁶ (dotado de baixa densidade normativa), se recusa a reconhecer que nenhum ser humano pode permanecer preso em cadeia pública superlotada em condições absolutamente degradantes⁶²⁷ (claramente violadoras da dignidade humana). O STF que declarou a inconstitucionalidade de emenda constitucional que instituiu tributo em violação ao princípio da anterioridade⁶²⁸ (ao qual o Tribunal imputou a qualidade de direito materialmente fundamental), admite ampla e repetidamente a manutenção de prisões provisórias que se arrastam por anos a fio e que muitas vezes sequer se convertem em prisões

⁶²³ Para uma precisa resenha da criativa jurisprudência do STF na construção desse parâmetro de controle da constitucionalidade de normas estaduais e municipais, V. LEONCY, Léo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Acesso em: 24 jan. 2018.

⁶²⁴ Não é incomum encontrar o uso da analogia em prejuízo do réu na jurisprudência do STF. V., por todos, a equiparação dos agentes políticos aos ocupantes de cargo em comissão para fins de aplicação de causa de aumento de pena: HC 72465, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. em 05.09.1995.

⁶²⁵ O STF reconheceu a legitimidade constitucional do regime disciplinar diferenciado (RDD) – por si só claramente cruel – além de impedir que o apenado submetido a esse peculiar regime de cumprimento da pena tenha direito ao trabalho. O resultado desse julgamento é exemplo claríssimo da baixíssima densidade normativa que o STF atribui à regra constitucional que veda o tratamento cruel ou desumano do preso, bem assim do desprezo pelo caráter ressocializador da pena de prisão. V. RHC 124775, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 11.11.2014.

⁶²⁶ STF, ADI 4425, Rel. Min. Ayres Britto, Red. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 14.03.2013.

⁶²⁷ Como resultado do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, o STF apenas determinou a liberação de recursos do Fundo Penitenciário (descumprida pelo Executivo) e a realização de audiências de custódia (cuja implementação está em curso). Nenhuma medida concreta foi determinada para reduzir a superlotação carcerária. V. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

⁶²⁸ STF, ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. em 15.12.1993.

definitivas⁶²⁹. A mesma composição do Tribunal que extraiu do princípio da moralidade administrativa a vedação ao nepotismo⁶³⁰ afirmou em diversas oportunidades a legitimidade da perversa cultura de invasão domiciliar sem autorização judicial pela polícia em comunidades carentes por todo o país⁶³¹.

Os exemplos são muitos e as comparações possíveis praticamente incontáveis. Todos eles sugerem que o STF adota (corretamente) baixo grau de deferência ao legislador (até mesmo ao constituinte derivado) para proteger certos direitos e postulados fundamentais (*i.e.*, direito ao reconhecimento⁶³² ou vedação ao tratamento cruel de animais⁶³³), mas parece ser excessivamente deferente ao legislador em matéria penal, mesmo quando o direito à liberdade de locomoção é gravemente restringido por leis produzidas a partir de processos legislativos caracterizados pela baixa qualidade deliberativa, pela ausência de justificação e pela reduzida eficácia na proteção de bens jurídicos.

A noção de que há um déficit de controle de constitucionalidade no campo penal não é exclusivamente fruto de uma visão particular sobre a extensão e a profundidade dos limites materiais que a Constituição impõe ao legislador criminal. Ao contrário, a deficiência da jurisdição constitucional brasileira nesse setor pode ser identificada a partir de uma perspectiva relacional: os parâmetros de deferência adotados pelo STF em relação ao legislador penal não são os mesmos adotados por ele próprio em relação a outros temas e áreas do direito.

A *proatividade* (legítima) que o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado na proteção de certos direitos fundamentais (*i.e.*, reconhecimento da constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo⁶³⁴, ou da inconstitucionalidade da diferenciação de regime sucessório entre união estável e casamento⁶³⁵) não se reproduz de forma consistente no campo

⁶²⁹ O STF já considerou, em julgamento recente, que a manutenção de uma prisão preventiva pelo prazo de três anos não configurava excesso de prazo: HC 114711, Rel. Min. Rosa Weber, Red. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 19.03.2013.

⁶³⁰ STF, ADC 12, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 20.08.2008.

⁶³¹ A virada jurisprudencial contra as invasões domiciliares praticadas por policiais registrou importante ponto de inflexão com o seguinte precedente: STF, RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 05.11.2015.

⁶³² STF, RE 363889, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 02.06.2011.

⁶³³ STF, RE 363889, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 06.10.2016.

⁶³⁴ STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 05.05.2011.

⁶³⁵ STF, RE 646721, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2017.

dos direitos fundamentais na esfera penal. Nesta seara, o STF tem desempenhado um controle bastante tímido ou autocontido da constitucionalidade das leis penais. O STF deixou de reconhecer, por exemplo, a inconstitucionalidade do dispositivo do Código Penal (art. 141) que cria causa de aumento de pena nos crimes contra a honra praticados contra funcionários públicos – os quais devem se sujeitar, pelo princípio republicano, à crítica mais ampla possível –, adotando injustificável postura de deferência ao legislador penal mesmo quando se restringe desproporcionalmente um direito fundamental preferencial (liberdade de expressão na dimensão da crítica aos agentes públicos)⁶³⁶.

Não se pode desprezar a importância de determinadas decisões oriundas da jurisdição constitucional brasileira para expurgar do ordenamento jurídico certos abusos legislativos na seara criminal, tais como a declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime⁶³⁷ e a declaração de inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória para o crime de tráfico de entorpecentes⁶³⁸. Essas decisões, embora tenham impedido o aprofundamento de graves retrocessos no sistema de justiça criminal, não foram capazes de evitar a tragédia atual do sistema penal brasileiro.

Como exposto, o direito penal tem produzido um amplo conjunto de graves violações a direitos fundamentais no Brasil, ora decorrentes da resistência em aplicar normas legais vigentes, ora resultantes da aplicação de normas inconstitucionais. Não há dúvida que se estabilizou entre nós um elevadíssimo grau de tolerância às violações de direitos fundamentais de investigados, réus e apenados. O modo regular de funcionamento do sistema de justiça criminal está baseado na sistemática ofensa a diversos direitos fundamentais. Esse fato foi explicitamente reconhecido pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, que afirmou a existência de um *estado de coisas inconstitucional* no sistema prisional brasileiro. Contudo, desse reconhecimento o próprio Supremo não extraiu consequências jurídicas e práticas de maior relevância. Ao contrário, e novamente de forma contraintuitiva, o resultado do julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347 serve como exemplo de que o Judiciário brasileiro como um todo, e seu órgão de cúpula em particular, admitem – não apenas implícita, mas expressamente – que pessoas continuem a cumprir penas cruéis e desumanas. Sem que

⁶³⁶ STF, Inq 3555, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 21.11.2013.

⁶³⁷ STF, HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 23.02.2006.

⁶³⁸ STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10.05.2012.

providências concretas sejam tomadas para que as múltiplas e graves inconstitucionalidades de que padece o sistema prisional brasileiro sejam superadas, o sistema de justiça criminal continuará a confluir para um modelo de punição cruel, desumano, e incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Uma visão crítica acerca do modo de funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro é capaz de demonstrar as potencialidades da jurisdição constitucional nesse vasto campo de investigação. O constitucionalismo contemporâneo foi decisivamente influenciado pela ascensão dos princípios constitucionais à condição de verdadeiras normas jurídicas⁶³⁹ e passaram a ser identificados como “*mandamentos nucleares do sistema, disposições fundamentais que servem, ao mesmo tempo, como fonte de unidade do ordenamento e critério para a adequada interpretação das normas jurídicas*”⁶⁴⁰. Além de servirem como vetor interpretativo das demais normas jurídicas, possuem normatividade própria, suficiente para servirem de parâmetro de controle da constitucionalidade das leis. Entretanto, a jurisprudência do STF revela um escasso uso dos princípios constitucionais de direito penal como critérios normativos de controle da constitucionalidade de leis penais. Os princípios constitucionais são frequentemente utilizados apenas como reforço argumentativo – quando não refletem mero discurso retórico⁶⁴¹ –, não tendo se convertido em normas jurídicas dotadas de plena eficácia no controle de constitucionalidade de leis penais⁶⁴².

Como visto, o controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil, notadamente aquele exercido pelo STF, é marcado pelo baixo número de decisões sobre o tema e por um

⁶³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. O tema foi desenvolvido no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. V. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁶⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 98.

⁶⁴¹ Afirmções genéricas de grande carga simbólica podem ser encontradas na jurisprudência do STF, sem que isso se reflita numa correspondente intensificação do controle de constitucionalidade das leis penais. V., por todos: “A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social” (STF, HC 107638, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 13.09.2011).

⁶⁴² V., a propósito do tema no direito francês, FAVOREU, Luis. La constitucionalidad del derecho penal y del procedimiento penal: hacia un derecho constitucional penal. *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. XXVI, 1999, p. 312.

grau elevado de deferência ao legislador penal. A reduzida quantidade de decisões que realizaram controle de constitucionalidade de leis penais se expressa tanto no âmbito do controle concentrado como no controle difuso. E o elevado grau de deferência ao legislador se comprova pelo baixo número de decisões que declararam, ainda que parcialmente, a inconstitucionalidade de leis penais. Disso resulta, no contexto brasileiro, um quadro de amplíssima liberdade ao Congresso Nacional na produção de leis penais.

Enquanto o país demonstra, ainda que não de forma linear, importantes avanços na efetivação de direitos fundamentais – entre outras, nas áreas de saúde, educação e saneamento básico –, no campo do direito penal as violações de direitos fundamentais têm se aprofundado cada vez mais, sem que as instituições representativas estejam dispostas a promover qualquer mudança de rumos e sem que a jurisdição constitucional impeça a progressiva intensificação das ofensas a esses direitos fundamentais. Esse descolamento entre o ideal do constitucionalismo (proteção de direitos fundamentais) e o direito penal pode ser justificado por múltiplos fatores (sociais, políticos, institucionais e jurídicos), que interagem entre si e produzem esse quadro de apatia da magistratura brasileira e do próprio STF em face dos problemas constitucionais que atingem o sistema de justiça criminal brasileiro.

Sob a *ótica social*, enquanto é crescente a percepção social de que incumbe ao Estado criar condições mínimas de subsistência digna para todas as pessoas, generalizou-se a crença no direito penal e na pena de prisão como mecanismos de emancipação moral dos indivíduos e de consequente redução da violência. Esse contexto impede a criação de um mínimo consenso social quanto à necessidade de garantir os direitos fundamentais no âmbito do direito penal. A sensação de insegurança que tomou conta das cidades brasileiras, inflada por um discurso alarmista por parte dos meios de comunicação em massa e de relevantes atores políticos, se soma à grave desinformação da população sobre a criminalidade – suas causas e formas de abordá-la – para produzir um quadro de crescente demanda por elevação da repressão penal.

Se a elevação do grau de cidadania nos últimos anos fez com que se tornasse natural a compreensão social de que é legítimo exigir do Estado a dispensação de medicamentos para os mais diversos tratamentos de saúde, ou cobrar que o Estado ofereça vagas suficientes nas escolas e creches públicas, não se consolidou na cultura nacional a compreensão de que o Estado deve respeitar os direitos constitucionais dos investigados e réus e de que as punições previstas em lei somente podem ser aplicadas quando as condições constitucionais e legais de

execução dessas penas foram respeitadas. Nem mesmo a noção de que presos devem ter sua dignidade respeitada é minimamente incorporada à difusa percepção social dos brasileiros. Não há cidadania ativada para exigir do Estado – inclusive do Poder Judiciário – o respeito aos direitos fundamentais no campo penal. O próprio Judiciário brasileiro se recusa sistematicamente a reconhecer a dignidade dos presos. A explicação oferecida por Ana Paula de Barcellos para essa realidade é a de que *“a concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que a simples circunstância de se tratar de um ser humano”*, e, como os juízes estão inseridos nessa cultura, *“acabam sendo influenciados por essa mesma concepção não ontológica da dignidade humana, o que repercute, como não poderia deixar de ser, na formação dos seus convencimentos e na eleição das suas prioridades”*⁶⁴³.

Sob o ponto de vista político, a fácil obtenção de dividendos políticos por meio da defesa da expansão do direito penal e da pena de prisão conduz à tentação populista de fragilização de direitos fundamentais no campo penal em favor de uma política criminal desatenta à baixa eficácia social da pena de prisão e despreocupada com as condições reais de funcionamento do sistema de justiça criminal. O legislador brasileiro responde ao fracasso da política criminal com a reafirmação e o aprofundamento das mesmas premissas (filosóficas, políticas, sociais e jurídicas) que embasaram a política fracassada. E isso não gera qualquer custo político aos agentes responsáveis por esse dramático quadro de intensificação da irracionalidade do sistema de justiça criminal⁶⁴⁴. Ao contrário, o discurso político que produz maiores ganhos eleitorais segue sendo o do endurecimento do direito penal: a promessa do crescimento da população carcerária seduz facilmente uma sociedade cada vez mais intolerante aos inaceitáveis índices de violência da vida brasileira. Além disso, os Presidentes da República, principais agentes de condução de grandes agendas nacionais no nosso sistema presidencialista, não têm se engajado

⁶⁴³ BARCELLOS, Ana Paula. Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana. *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, 2010, p. 39-65.

⁶⁴⁴ Como afirmou Donini, “a ciência criminal tem uma relação atormentada com a política porque nenhum ramo do direito tem tanto que ver com a irracionalidade como o direito penal: o direito penal disciplina comportamentos irracionais e previne reações irracionais. Se trata de condutas somente em parte reconduzíveis a uma rational choice. Daí que se diz que a irracionalidade das ofensas e das possíveis reações privadas condicionam a racionalidade das respostas. O direito penal é um contínuo intento de racionalizar a necessidade de defesa-vingança. A política, pelo contrário, ameaçando à criminalidade com maus futuros, busca o consenso das vítimas potenciais dos delitos e, nesta medida, está em tensão permanente e imediata com as necessidades irracionais da ‘democracia penal’” (DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 264, tradução livre do autor).

na construção de soluções para incrementar o grau de eficácia dos direitos fundamentais no direito penal.

Não à toa, a política de endurecimento das leis penais tem se mostrado constante ao longo dos últimos anos. Apesar dos graves problemas de segurança e violência que atingem a sociedade brasileira – com elevadíssimos índices de homicídio e outros delitos que geram comoção social –, a exarcebada produção normativa em matéria criminal tem conseguido produzir um véu de distração sobre os problemas estruturais relacionados ao fenômeno criminal – *i.e.* a pobreza, a desigualdade social, o baixo acesso à educação de qualidade e o déficit de serviços públicos. Não é exagero afirmar que as necessidades de cidadania são reconduzidas à questão criminal e as necessidades sociais e conflitos dela decorrentes são traduzidos na linguagem do direito penal⁶⁴⁵.

Os *aspectos institucionais* também são bastante relevantes para explicar o distanciamento entre o direito penal e a Constituição. Não há constrangimentos relevantes que impeçam ou dificultem a produção legislativa assistemática e irracional no campo penal. O quórum para aprovação de leis penais é o de maioria simples, não se exige produção de estudos técnicos que analisem os impactos da proposição legislativa e tampouco que se comprove a capacidade do Judiciário e do Executivo de implementá-la. Por outro lado, uma vez aprovada a lei penal pelo Congresso, as chances de contestação da sua legitimidade constitucional perante o STF são baixíssimas: os legitimados para acionar o controle concentrado não são vocacionados à proteção contramajoritária de direitos fundamentais no campo penal e o controle difuso não tem se mostrado aberto às discussões sobre a constitucionalidade das normas penais. Embora os problemas estruturais do sistema penitenciário brasileiro tenham entrado na agenda do STF nos últimos anos, a jurisdição constitucional não se mostrou disposta a enfrentar, de um lado, as causas da falência do sistema de justiça criminal – entre elas as

⁶⁴⁵ Para usar a linguagem de Simon, a invocação do direito penal como assunto politicamente estratégico e o uso generalizado do direito penal para responder a todo tipo de conflito social são marcas de um Governo penal (SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. New York: Oxford University Press, 2007). O Brasil tem avançado a passos largos no sentido da consolidação de um Governo penal – o que não significa, necessariamente, um Estado policial. V., a propósito, o conjunto de propostas do governo recém eleito para a área de segurança pública: “O futuro ministro também citou uma série de medidas como a alteração nas regras de prescrição de alguns crimes, uma definição clara da execução da pena em segunda instância, a proibição de progressão de pena quando houver prova de ligação com organizações criminosas, a proteção de denunciantes anônimos, a regulação mais clara de operações com policiais disfarçados e o controle das comunicações de presos em penitenciárias de segurança máxima”. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/moro-lista-propostas-e-diz-que-perseguiçao-politica-a-lula-e-alibi-falso/>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

diversas inconstitucionalidades que atingem normas materiais e processuais penais –, e a impedir, de outro, as atuais graves violações aos direitos fundamentais dos presos.

Esses *aspectos sociais, políticos e institucionais* não foram adequadamente traduzidos para a gramática da jurisdição constitucional. É certo que a dogmática penal e a criminologia foram responsáveis, não apenas no Brasil como em toda parte do mundo democrático, pela produção de críticas consistentes ao modo de produção de normas penais e de funcionamento do sistema de justiça criminal. Apesar disso, tais críticas não foram incorporadas ao direito constitucional de modo a possibilitar que a jurisdição constitucional possa desempenhar suas funções na proteção de direitos fundamentais no campo penal.

Já sob a ótica normativa, não foram criadas pontes de comunicação entre direito penal e direito constitucional aptas a aparelhar a jurisdição constitucional de categorias jurídicas e parâmetros capazes de tornar eficazes os direitos fundamentais nesse amplo e problemático setor do ordenamento jurídico, tão carente de efetiva constitucionalização. A título ilustrativo, a enorme incerteza das premissas fáticas de que se vale o legislador para endurecer o tratamento penal de certas condutas, a baixa eficácia da criminalização na proteção de bens jurídicos e a falta de coerência interna das leis penais não impactaram de forma relevante o controle de constitucionalidade substancial dessas normas com base no princípio da proporcionalidade. Da mesma forma, a baixa qualidade da deliberação produzida pelo legislador no campo penal não repercutiu no aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade formal das normas penais. Contudo, é preciso conhecer as bases que informam as escolhas legislativas de criminalização e, com isso, permitir o controle do conteúdo racional e público dessas escolhas. A ideia de Ana Paula Barcellos segundo a qual “a *democracia será fomentada uma vez que a edição de atos pelo poder público que afetem a vida das pessoas – quaisquer atos – sejam precedidos da apresentação de razões e informações, debate e deliberação*”⁶⁴⁶ tem importância fundamental no controle da legitimidade da legislação penal. É necessário reabilitar a democracia como informação e controle sobre as escolhas do legislador criminal.

A intensa produção legislativa nesse campo nas últimas décadas tem se desenvolvido com baixíssimo custo político pelo Congresso Nacional: aprovar leis criminais é fácil (não

⁶⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito Constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

exige quórum qualificado), rápido (não exige justificção especial ou realização de estudos e prognósticos), gera ganhos de capital político de curto prazo para os parlamentares (a expansão e endurecimento do direito penal é amplamente aceita e aplaudida pela sociedade) e não produz, via de regra, reações judiciais relevantes (a declaração de inconstitucionalidade de leis penais é quase inexistente no Brasil). Nesse cenário, embora a política criminal construída pelo Congresso Nacional nos últimos anos não tenha produzido bons resultados para a sociedade brasileira – a expansão do direito penal e o impressionante crescimento da população carcerária não resultaram na redução da criminalidade e da violência –, não há qualquer incentivo à mudança da postura de enfrentar os sucessivos fracassos do legislador nesse campo com novas e sucessivas ondas de expansão do direito penal (em especial da pena de prisão)⁶⁴⁷.

O processo de *constitucionalização* do direito penal no Brasil é uma tarefa ainda em fase inicial de concretização⁶⁴⁸. Um retrato atual do sistema de justiça criminal brasileiro não deixa dúvida quanto ao déficit de constitucionalização desse setor da vida nacional. O *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro é a síntese de um conjunto de múltiplas inconstitucionalidades que atingem não apenas as graves ilegalidades praticadas na execução das penas privativas de liberdade (inconstitucionalidade praticadas pela Administração Pública), mas também o conjunto de leis penais (inconstitucionalidade de normas) e seus modos de aplicação pelos juízes (inconstitucionalidade de determinadas interpretações judiciais das normas). A opção preferencial pela pena de prisão num contexto de absoluto colapso do sistema penitenciário e a tolerância à violação dos direitos fundamentais dos presos são sinais claros de que a promessa de constitucionalização do campo penal no Brasil fracassou. O direito constitucional brasileiro ainda não foi capaz de tornar operativas as normas constitucionais (especialmente os princípios constitucionais) no campo penal: a atividade legislativa nesse setor não encontra na Constituição, em regra, uma barreira eficaz contra violações a direitos fundamentais.

⁶⁴⁷ No Brasil, na precisa observação de Daniel Sarmento, “as conhecidas mazelas do nosso Poder Legislativo tornam absolutamente injustificável qualquer confiança excessiva no processo político como meio de garantia da Constituição” (SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidade Institucional do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 320).

⁶⁴⁸ Como assinalou Luís Roberto Barroso, “[a] repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis, Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006).

A superação das múltiplas disfuncionalidades do sistema de justiça criminal brasileiro exige esforço conjunto dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Não se pode depositar apenas no Judiciário a complexa tarefa de constitucionalizar todo o sistema de justiça criminal⁶⁴⁹. Tampouco é possível abrir mão da jurisdição constitucional como importante catalizador de um progressivo processo de *constitucionalização do direito penal*, capaz não apenas de elevar o baixo grau de racionalidade do sistema de justiça criminal, como também de garantir que os direitos fundamentais dos investigados, réus e apenados sejam levados a sério.

A jurisdição constitucional é capaz de inserir a questão da intensificação da proteção de direitos fundamentais no campo penal na agenda nacional, reconhecer deveres de atuação dos três Poderes para tornar efetivos esses direitos fundamentais e também fazer cessar com rapidez as intoleráveis violações aos direitos dos investigados, réus e apenados. O movimento de progressiva *constitucionalização do direito penal* exige a intervenção da jurisdição constitucional tanto para elevar o grau de eficácia dos princípios constitucionais que orientam a função punitiva estatal quanto para impedir que as agressões atuais aos direitos fundamentais no campo penal continuem a ser toleradas.

A verdade é que não há qualquer justificativa – muito menos sob o ponto de vista jurídico-normativo – para continuar a tolerar a sistêmica violação de direitos fundamentais praticados pelo sistema de justiça criminal brasileiro. Mesmo a visão mais tímida ou autocontida acerca do papel da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas assegura a plena legitimidade da intervenção do STF para tornar efetivos os direitos fundamentais no campo penal, especialmente em favor de minorias claramente marginalizadas. A jurisdição constitucional deve assumir sua parcela de responsabilidade para a superação do cenário atual de déficit de constitucionalização do direito penal e desenvolver fórmulas de intervenção capazes de aumentar a cooperação dos diversos atores do sistema de justiça criminal em direção à efetivação de direitos fundamentais nesse setor.

⁶⁴⁹ É conhecida a grave objeção à formulação judicial de políticas públicas complexas, em relação às quais variáveis de ordem fática e econômica fogem quase que completamente ao campo de visão dos juízes. Para uma crítica pertinente a propósito do tema, V. SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

Esse papel da jurisdição constitucional deve ser desempenhado com o devido respeito à legitimidade democrática que deriva das decisões emanadas pelas instituições representativas⁶⁵⁰. Afinal, se é verdade que o *constitucionalismo* contemporâneo impõe uma série de limitações e constrangimentos à liberdade de conformação legislativa no campo penal, também é certo que o Congresso Nacional não desenvolve atividade de pura execução da Constituição ao traçar a política criminal do país⁶⁵¹. Incumbe ao legislador decidir quais condutas devem ser coibidas pelo direito penal, estabelecer os limites em que a punição se dá, delinear o modo como a função punitiva estatal se organiza e decidir sobre as condições de execução das penas. Cada uma dessas decisões políticas, entretanto, está submetida a limites impostos pela Constituição e pelos direitos fundamentais. Identificar tais limites, justificá-los adequadamente e combiná-los com o legítimo espaço de atuação do legislador é uma tarefa urgente do direito constitucional brasileiro.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, acusado no passado de não cumprir de forma adequada a tarefa de garantidor dos direitos fundamentais e das condições democráticas⁶⁵², hoje recebe críticas por ter trocado – ainda que esporadicamente – a timidez pela ousadia, a passividade pela *proatividade*, a contenção pelo *ativismo*. Sem sequer superar todos os riscos estruturais de invasão da política no direito – ainda hoje não é raro encontrar tristes episódios de limitação da autonomia da esfera jurídica por influências indesejadas da política na tomada de decisões estatais –, fala-se, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, no risco de uma invasão da política pelo direito⁶⁵³. Suspeita-se que o STF esteja, ainda que não de forma generalizada, fazendo escolhas que, sob a roupagem do direito, caberiam à política.

⁶⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009.

⁶⁵¹ Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento defendem que, “respeitadas suas condições procedimentais, a soberania popular deve ter amplas possibilidades de decisão” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 224).

⁶⁵² Essa postura de inicial timidez do STF no liminar da nova Constituição não foge à regra. Como adverte Rodrigo Brandão: “De fato, Ginsburg constatou que no início de um regime constitucional – sobretudo em novas democracias – há maior risco de ataques institucionais, de retaliações ao Judiciário ou de descumprimento de decisões judiciais, pois a Corte ainda não teve tempo para construir uma imagem de neutralidade política que a blindasse de tais ameaças. Precisamente para construir essa couraça, a Suprema Corte tende a se pautar por postura autorrestritiva nos seus primeiros anos de vida, afastando-se da aplicação de princípios abstratos a questões politicamente relevantes em favor de um maior formalismo na aplicação do Direito. Assim, para expandir o seu poder a Corte deve avançar devagar” (BRANDÃO, Rodrigo. *Diálogos Constitucionais nos Estados Unidos e no Brasil*. *RJLB*, Ano 1, n. 4, 2015, p. 1477).

⁶⁵³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483-502.

A maior parte dos estudos recentes sobre a jurisdição constitucional brasileira tem enfatizado o risco de invasão ilegítima do direito no âmbito da política. Isso explica o aumento da produção acadêmica a respeito do *ativismo judicial* nos últimos anos, notadamente aquele supostamente praticado pelo STF⁶⁵⁴. A ascensão do Poder Judiciário na vigência da atual Constituição e o particular incremento da importância do STF nos mais diversos âmbitos da vida nacional criaram ambiente propício ao desenvolvimento de críticas à expansão da jurisdição constitucional. O Judiciário – notadamente o STF – passou a participar da tomada de decisões que no passado eram imputadas com exclusividade aos representantes eleitos. A vertiginosa ampliação da participação do STF na vida política nacional, vista por alguns como sinal do aperfeiçoamento das instituições, colocou em destaque a conhecida *difículdade contramajoritária* da jurisdição constitucional⁶⁵⁵.

No início da vigência da nova Constituição, a dogmática constitucional voltada a atenção para o problema da baixa eficácia das normas constitucionais, especialmente daquelas dotadas de menor densidade normativa (princípios e regras construídas a partir de conceitos indeterminados). Cerca de duas décadas depois da promulgação da Constituição, depois de uma ampla renovação do STF e de importantes avanços experimentados tanto na dogmática penal como na experiência institucional brasileira, a jurisdição constitucional iniciou um virtuoso ciclo de revitalização da força normativa da Constituição. Os princípios constitucionais ganharam definitivamente verdadeira força normativa⁶⁵⁶, passando a integrar o parâmetro de controle de constitucionalidade das normas e também a produzir efeitos imediatos no controle de legitimidade dos atos do poder público em geral. Pouco mais de uma década depois dessa importante transformação do perfil do STF – acompanhada de uma notável expansão da atuação do STF nos mais variados setores da vida pública brasileira –, a maior preocupação do direito constitucional brasileiro passou a ser o excesso – e não a falta – de atuação da jurisdição constitucional.

⁶⁵⁴ V. sobre o tema: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 276; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. *Revista de Informação Legislativa*, v. 49, n. 193, jan./mar. 2012, p. 141-149.

⁶⁵⁵ V. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁶⁵⁶ V. sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Todavia, esse panorama, como visto, não se aplica à jurisdição constitucional no campo penal. Nessa seara, contraditoriamente, nem mesmo o constitucionalismo moderno chegou a se estabelecer completamente. O direito penal moderno de matriz liberal – entendido como um sistema de garantias do indivíduo ou conjunto de limites racionais à arbitrariedade e aos excessos repressivos dirigidos a minimizar a violência punitiva – tem sido largamente contraditado pela legislação e pelas práticas penais de ordenamentos democráticos como o brasileiro. Enquanto parcela relevante das pesquisas realizadas sobre o tema se concentra na tentativa de estabelecer limites funcionais à jurisdição constitucional, suspeita-se que no campo penal a Constituição e os direitos fundamentais sequer sejam capazes de funcionar eficazmente na contenção funcional do legislador.

Embora não se possa desprezar por completo o risco de eventual excesso por parte da jurisdição constitucional em matéria penal – principalmente se a *proatividade* do Judiciário se mostrar prejudicial ao indivíduo –, convém concentrar esforços na identificação dos déficits de atuação da jurisdição constitucional nesse setor. A primeira preocupação, nesse campo penal, deve ser a de verificar a capacidade que o direito possui de limitar a política, antes de analisar eventuais invasões ilegítimas do direito no campo da política. Com isso, não se pretende desprezar a urgente necessidade de constitucionalizar o sistema de justiça criminal por meio da sua republicanização, retirando os obstáculos ao seu regular funcionamento em relação a um pequeno grupo de pessoas ilegítimamente imunizadas. Também não se pretende ignorar os riscos de violação à independência do Poder Judiciário – como reação ilegítima contra o avanço do combate à corrupção – e de possíveis invasões ilegítimas da política no campo do direito penal. Esses riscos são reais e merecerão a devida atenção neste trabalho.

Entretanto, essas relevantes considerações não devem obscurecer o fato de que o sistema de justiça criminal é talhado e funciona efetivamente para atingir uma maioria de pessoas hipossuficientes e marginalizadas. Assim, é essa clientela preferencial do sistema que merece atenção prioritária no longo e complexo processo de constitucionalização do direito penal brasileiro, com o objetivo de garantir a dignidade dessas centenas de milhares de pessoas pobres que sofrem múltiplas violações aos seus direitos fundamentais desde o dia em que são presos em flagrante até o dia em que saem da penitenciária após o cumprimento da pena.

4 AVANÇOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM MATÉRIA PENAL: CONTROLE DOS EXCESSOS PUNITIVOS SOB A ÓTICA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A histórica recente da jurisprudência do STF em relação ao controle de constitucionalidade de leis penais é marcada por avanços significativos em alguns setores, graves retrocessos em outros, e, especialmente, pela falta de demarcação precisa dos parâmetros de controle e deferência utilizados para verificação da legitimidade constitucional das normas penais. Analisando-se a atividade de controle de constitucionalidade desenvolvida pelo STF nos últimos anos, é possível concluir, conforme já assentado, que o Tribunal demonstra um grau de deferência ao legislador penal superior àquele utilizado para controlar a legitimidade de normas de outros ramos do direito. Também já se assinalou que o STF tem demonstrado elevado grau de tolerância em relação ao modelo gravemente inconstitucional de aplicação de penas privativas de liberdade no país. Outros resquícios de autoritarismo do sistema penal – *e.g.*, aceitação da utilização de provas produzida no inquérito policial como fundamento para condenação⁶⁵⁷, manutenção de um sistema processual penal fortemente inquisitivo (com

⁶⁵⁷ V., a propósito, STF, HC 119315, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. em 04.11.2014; RHC 118516, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 22.04.2014.

atribuição de protagonismo probatório ao juiz)⁶⁵⁸, violação ao princípio do promotor natural⁶⁵⁹, entre outros – também são rotineiramente tolerados pelo STF.

Contudo, a trajetória do STF no controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil não é linear. Em alguns momentos, a Corte adotou postura de extrema autocontenção, mesmo quando era recomendável a adoção de postura mais proativa e um controle mais intenso. Em outros momentos, o Tribunal parece ter se aproximado de um padrão mais moderado de deferência ao legislador penal, reconhecendo a inconstitucionalidade de normas penais que representavam excessos punitivos evidentes. Há, ainda, certa instabilidade jurisprudencial em relação a temas de natureza eminentemente processual penal, mas que repercutem diretamente no funcionamento do sistema de justiça criminal, tais como (i) pressupostos e requisitos para

⁶⁵⁸ V., HC 109051, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 23.09.2014; RHC 119439, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 25.02.2014; HC 114512, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 24.09.2013. Essa orientação está baseada em três fundamentos: (i) o juiz pode inverter a ordem de inquirição das testemunhas, assumindo o protagonismo na produção da prova; (ii) a violação pelo juiz do art. 212 do CPP, que o afasta desse protagonismo na produção da prova oral, constitui nulidade meramente relativa, cuja prova do prejuízo cabe à defesa; (iii) o fato de o réu ter sido condenado com base na prova oral produzida em desconformidade com a lei e com o princípio acusatório não constitui prova bastante do prejuízo. Assim, o STF consolidou orientação que anulou os efeitos da reforma parcial do CPP em relação ao tema, que pretendia excluir o protagonismo judicial na produção da prova oral. A jurisprudência registra apenas um precedente em sentido contrário a essa orientação: STF, HC 111815, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 14.11.2017. Nesse julgamento, o Ministro Marco Aurélio afirmou o seguinte: “Dispõe o parágrafo único do artigo que, ‘sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição’. O teor desse dispositivo decorreu da Lei no 11.690/2008. No caso, registrado o inconformismo da defesa técnica, tem-se que inobservou o Juízo o versado no preceito, formulando inicialmente as perguntas. A ordem jurídica apenas prevê a possibilidade de o próprio juiz veicular perguntas se verificados pontos não esclarecidos tendo em conta o questionamento das partes. Tenho como ocorrida a nulidade.” O Ministro Alexandre de Moraes afirmou que “aqui há o ferimento ao devido processo legal e ao próprio Estado-acusador, que foi uma opção da Constituição para separar o juiz do Ministério Público, do juiz acusador”. Em debate travado na Turma, o Ministro Luís Roberto Barroso, vencido na ocasião, questionou se “a ordem dos fatores altera o produto”. O Ministro Marco Aurélio respondeu que: “Altera substancialmente. (...) Ministro, fica difícil para o Estado-juiz, iniciando o interrogatório, manter a equidistância. Eis a razão de ser da norma do artigo 212 do Código de Processo Penal”. No mesmo sentido o Ministro Alexandre de Moraes: “Eu fiz milhares de audiências como promotor criminal, altera substancialmente a correlação de forças. Na verdade, dependendo de como é o magistrado instrutor, ele ignora, depois, totalmente as outras perguntas”.

⁶⁵⁹ O Plenário do STF, no julgamento do HC 67759, reconheceu, por maioria de votos, a existência do princípio do promotor natural, no sentido de proibirem-se designações casuísticas efetuadas pela chefia da Instituição, que criariam a figura do promotor de exceção, incompatível com a determinação constitucional de que somente o promotor natural deve atuar no processo. V. HC 67759, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 06.08.1992. Apesar disso, o STF tem tolerado sistematicamente a designação extraordinária de membros do Ministério Público para atuar em casos específicos, mesmo após a instauração dos procedimentos investigatórios. V., a propósito, HC 96700, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 17.03.2009; HC 90277, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 17.06.2008; HC 84468, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, j. em 07.02.2006.

decretação de prisão preventiva⁶⁶⁰; (ii) regime de nulidades no processo penal⁶⁶¹ e (iii) análise de controvérsias relacionadas aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da coisa julgada⁶⁶².

⁶⁶⁰ O STF já decidiu que “a gravidade dos fatos é consideração que importa à política criminal e à elaboração legislativa, no momento de escolha dos critérios de sanção, bem como à etapa processual de imposição desta ao réu condenado, conforme determina o art. 59 do Código Penal, que impõe ao magistrado ponderar, na fixação da pena, os motivos, as circunstâncias, e as consequências do delito” (HC 83981, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 31.10.2006). Em sentido diametralmente oposto, já decidiu que a gravidade do delito pode servir como fundamento para a decretação da prisão preventiva. V., por todos, HC 136302, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27.02.2018. O STF também registra diversos precedentes no sentido de que o risco à atividade delituosa não constitui fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva. V., nesse sentido, os seguintes precedentes: HC 87343, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 24.04.2007; HC 86748, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 10.04.2007; HC 87717, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 03.04.2007. Em sentido diverso, há uma série de precedentes mais recentes afirmando que o risco de reiteração delituosa constitui fundamento legítimo para decretação da prisão preventiva. V., por todos: RHC 147580 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 01.12.2017; HC 138552 AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 02.06.2017.

⁶⁶¹ Em certas oportunidades, o STF assentou que violações aos princípios da ampla defesa e do contraditório configurariam nulidades absolutas. V., por todos, HC 106833, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 12.04.2011; HC 108795, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 03.04.2012. Já em outros precedentes, a Corte afirmou que violações igualmente reconduzíveis aos princípios da ampla defesa e do contraditório configurariam nulidades meramente relativas. V., por todos, HC 113706, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 14.11.2017 (em que se discutia a violação ao contraditório por desrespeito ao modo de condução da oitiva das testemunhas); HC 114893, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 14.11.2017 (em que se discutia a violação à ampla defesa pela ausência de intimação para apresentação de defesa preliminar). Ainda no campo do regime das nulidades, é importante destacar que o STF, superando tradicional orientação doutrinária e jurisprudencial, passou a entender que também o reconhecimento das nulidades absolutas exige comprovação de prejuízo pelo réu. V., por todos, STF, HC 132149 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 02.06.2017. As inconsistências jurisprudenciais nesse campo não param por aí. Há precedentes que, corretamente, afirmam que o recebimento da denúncia e, com maior razão, a condenação do réu são provas suficientes do prejuízo sofrido pelo réu nos casos de violação à lei que resulte em nulidade absoluta. Nesse sentido, o precedente da lavra do Ministro Ayres Britto assim resumido: “O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado pela necessidade de demonstração do prejuízo para a defesa, mesmo nos casos de nulidade absoluta. Todavia, esse entendimento só se aplica quando é logicamente possível a prova do gravame. (...) Em casos como o presente, é muito difícil, senão impossível, a produção da prova do prejuízo. Pelo que o recebimento da denúncia e a condenação dos pacientes passam a operar como evidência de prejuízo à garantia da ampla defesa (HC 84.835, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence).” (HC 103094, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. em 02.08.2011. Em sentido diametralmente oposto, há uma série de precedentes, dentre os quais se pode destacar o HC 132149 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 02.06.2017.

⁶⁶² O STF assentou, sob a sistemática da repercussão geral, que suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e dos limites da coisa julgada, quando a violação é debatida sob a ótica infraconstitucional, não apresenta repercussão geral, o que torna inadmissível o recurso extraordinário (RE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07.06.2013). A despeito disso, o STF examina violações a esses princípios em sede de *habeas corpus* individuais e tem reconhecido, por exemplo e em diversas oportunidades, a violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório como causas de nulidade de ações penais ou atos processuais específicos. V., por todos, HC 132179, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 26.09.2017; STF, HC 116607 Extn, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 25.03.2014. Desse modo, embora a via da repercussão geral tenha sido fechada para discutir controvérsias relevantes em matéria processual penal, o STF continua atuando pontualmente como última trincheira do indivíduo em casos de violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. O mesmo panorama se aplica aos casos de violação à coisa julgada: embora não seja cabível o recurso extraordinário, por força do precedente firmado no julgamento do RE 748.371, o STF continua a reconhecer, em sede de *habeas corpus* individuais, a violação à coisa julgada em casos específicos. V., por todos, HC 108748, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 10.12.2013; e HC 110538, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 05.02.2013.

Os maiores avanços da jurisprudência do STF no sentido da constitucionalização do direito penal – momentos em que o Tribunal realizou um controle mais intenso sobre a constitucionalidade de normas penais – foram dados no campo da construção de uma tardia, mas sólida, orientação jurisprudencial garantidora do princípio da individualização da pena. Uma conjunção de fatores conferiu à jurisdição constitucional importante tarefa no controle de excessos punitivos criados pelo legislador.

Essa conjunção de fatores pode ser assim resumida: (i) a categoria constitucional dos crimes hediondos abriu espaço para o legislador criminal criasse um subsistema criminal mais gravoso para determinados delitos que seriam posteriormente definidos pelo Congresso Nacional; (ii) no contexto de indefinição sobre o papel que o legislador teria ao qualificar determinados delitos como hediondos, prevaleceu a compreensão de que o Congresso Nacional poderia associar a esses delitos outras consequências restritivas de direito para além daquelas expressamente previstas na Constituição (inafiançabilidade e impossibilidade de concessão de graça ou anistia); e (iii) a crescente demanda pela expansão do direito penal e da pena de prisão como forma de contenção da violência e, especialmente, do tráfico de drogas. Tudo isso contribuiu para um progressivo endurecimento do tratamento penal conferido aos crimes hediondos, que passaram não apenas a crescer numericamente, como também a contar com formas de cumprimento da pena excepcionais e extremamente gravosos.

O desafio para a jurisdição constitucional estava lançado: a criação de uma competência legislativa quase ilimitada, sob o prisma da textualidade do dispositivo constitucional (art. 5º, XLIII), associada a um crescente populismo penal levaram à construção de um subsistema punitivo excepcional de extrema gravidade para os crimes hediondos e, em especial, para o crime de tráfico de drogas. E essa produção legislativa, voltada à intensificação da restrição do direito à liberdade de locomoção, teria encontro marcado com a jurisdição constitucional.

A Constituição Federal tem apenas uma referência à categoria dos crimes hediondos: *“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”* (art. 5º, XLIII). A partir da leitura do texto constitucional, se poderiam extrair, em princípio, as seguintes três interpretações sobre o sentido e o alcance da categoria dos crimes

hediondos na Constituição: (i) o legislador estaria absolutamente livre para criar um catálogo de crimes hediondos segundo critérios de pura conveniência política; (ii) o legislador teria competência para definir quais seriam os crimes considerados hediondos, mas essa liberdade de conformação estaria limitada pela necessidade de garantir que os crimes assim intitulados tenham grau de lesividade a bens jurídicos de alta relevância equivalente ao possuído pelos crimes previstos expressamente na Constituição (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo); e (iii) o legislador deveria cumprir a tarefa de estabelecer os critérios prévios com base nos quais se poderia considerar um delito como hediondo, ao invés de simplesmente criar um rol de delitos classificados como hediondos⁶⁶³.

Havia outras controvérsias: parte da doutrina sustentava que o legislador penal, em qualquer dos contextos anteriormente descritos, não poderia criar outras restrições de direitos em relação aos crimes hediondos para além daqueles expressamente previstos na Constituição (inafiançabilidade e impossibilidade de concessão de graça ou anistia)⁶⁶⁴. Essa tese se baseava na ideia de que o poder constituinte derivado teria criado uma espécie de reserva de Constituição ao fixar “*restrições normativas de dimensão microscópica à liberdade individual*”, o que impediria a criação pelo legislador de outras vedações além daquelas figuravam expressamente no inciso XLIII do art. 5º da Constituição⁶⁶⁵.

Embora a delegação pela Constituição ao legislador da competência para definir crimes hediondos enfrente certa resistência – tendo em vista que essa qualificação a um crime lhe

⁶⁶³ A propósito, a tese defendida por Nilo Batista: “Parece óbvio que o inciso XLIII do art. 5º da Constituição, no que tange aos ilícitos ‘definidos como hediondos’, é uma norma de eficácia limitada, dependente de lei ordinária que discrimine taxativamente os elementos, disponíveis no conceito analítico do delito, que caracterizem a ‘hediondez’. Trata-se de uma estrutura normativa que evoca as leis penais em branco, em modalidade básica em que toca ao regulamento ‘a concreta determinação de algumas características do ilícito configurado’. Ofende o princípio da legalidade que o legislador, sem a mediação prévia regulamentadora do preceito constitucional, distribua as drásticas restrições – entre as quais um regime executivo de apodrecimento em vida do condenado – a seu bel-prazer, farejando entre os delitos. (...) Restrições drásticas à disciplina penal e processual penal não podem ser impostas sem um critério que revele sua racionalidade, ou não disporíamos de qualquer argumento, se amanhã, o legislador ordinário tivesse o capricho de declarar hediondo o delito de injúria” (BATISTA, Nilo. Outro argumento sobre crimes hediondos. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 347).

⁶⁶⁴ Nesse sentido, Alberto Silva Franco: “Além da inadmissível proibição do indulto, a Lei 8072/90 criou, em tema de direito material, um requisito mais rigoroso para a aplicação da medida penal alternativa do livramento condicional e, ainda nessa matéria, retirou de velhos guardados penais um conceito totalmente superado: o de ‘reincidência específica’” (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 103).

⁶⁶⁵ LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou Direito Penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 40, ano 10, out.-dez. de 2002, p. 155-179.

transmite diretamente a gravíssima consequência de impedir a fiança, a graça e a anistia –, o fato é que vigora no Brasil a compreensão segundo a qual não existem normas constitucionais originárias inconstitucionais⁶⁶⁶. Portanto, parte-se da premissa de que a delegação ao legislador da competência para definir crimes hediondos não é, em si mesma, inconstitucional. Apesar disso, é possível extrair da norma constitucional algumas limitações relevantes à atividade do legislador. O dispositivo constitucional coloca os crimes hediondos ao lado de outros três delitos cuja especial gravidade foi pré-determinada pela Constituição (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo). Como resultado, a definição legislativa de um determinado delito como hediondo deve ter em conta esse parâmetro material baseado na gravidade das condutas e da relevância constitucional dos bens jurídicos tutelados por esses três delitos. Apenas os crimes que pressuponham bens jurídicos de relevância constitucional equivalente àqueles tutelados pelos delitos expressamente citados pela norma constitucional podem ser qualificados pelo legislador como hediondos⁶⁶⁷. Além disso, a atividade legislativa de regulamentação da norma constitucional não pode se limitar a classificar certos delitos como hediondos, devendo estabelecer parâmetros objetivos que permitam definir com maior precisão os critérios que levariam tanto o próprio legislador como também o juiz a considerar determinado crime como hediondo.

A única objeção a essa formulação teórica é que entre os crimes expressamente mencionados pelo inciso XLIII do art. 5º da Constituição está o tráfico de drogas, cujo bem jurídico tutelado (saúde pública) enfrenta diversas críticas, tanto pela falta de substância ou conteúdo material tangível⁶⁶⁸, como pelo amplo reconhecimento do fracasso do programa de “guerra com as drogas”⁶⁶⁹. A inclusão do delito de tráfico de drogas no rol do inciso XLIII se

⁶⁶⁶ STF, ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 28.03.1996; ADI 2883, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, em 30.08.2006.

⁶⁶⁷ Nesse sentido, Alberto Silva Franco afirmou: “É evidente que a tipologia inserida no referido inciso tinha um significado especial: não era constituída de figuras criminosas reunidas ao acaso; havia, entre elas, uma indisfarçável simetria. [...] de acordo com a aferição do legislador constituinte, representavam lesões graves a bens jurídicos de inquestionável dignidade penal e que estavam necessitados da tutela penal. Mas, além disso, era detectável nas condutas incriminadas uma flagrante equivalência sob o ângulo da danosidade social” (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: anotações sistemáticas à lei 8.072/90. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 75).

⁶⁶⁸ Como destacou Rogério Taffarello, “a Lei 11.343/06 atribui sanções extremamente severas a tipos penais de mera periculosidade abstrata que, alegadamente, visam a tutelar um bem jurídico coletivo de escassa referência a seus supostos titulares – especialmente no caso da tutela penal das drogas” (TAFFARELLO, Rogerio Fernando. *Drogas*: falência do proibicionismo e alternativas de política criminal. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 83. Acesso em: 23 mar. 2018.

⁶⁶⁹ V., sobre o tema, a síntese de Maurides Ribeiro: “[c]omo decorrência dessa opção de mão única temos assistido a um duplo fracasso. De um lado não conseguimos uma redução significativa da oferta do produto etiquetado de

deu, contudo, em um momento histórico particular: estava-se no auge do proibicionismo⁶⁷⁰ e da defesa da “guerra contra as drogas”, representada pela aprovação, também no ano de 1988, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas⁶⁷¹.

ilícito e, por outro lado, aumentamos exponencialmente os riscos para aqueles cidadãos que, apesar de toda a repressão, se dispõem a continuar utilizando aquelas substâncias, seja para fins recreativos, seja com finalidades medicinais ou, até mesmo, em razão de terem desenvolvido dependência aos psicotrópicos ao longo do tempo de uso” (RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 21). Acesso em: 21 mar. 2018. A diferença entre o crime de tráfico de drogas, de um lado, e de terrorismo e tortura, de outro, já foi percebida pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento que deixou de reconhecer como hediondo o tráfico privilegiado: “Sob esse aspecto, o tráfico de drogas tem peculiaridades em relação aos demais crimes qualificados constitucionalmente de hediondos – tortura e terrorismo. A simples enunciação dos termos ‘tortura’ ou ‘terrorismo’ denota o especial desvalor da conduta relacionada. Tortura e terrorismo são definidos pela legislação de regência pela conjugação de ações violentas com propósitos especialmente insidiosos, como ‘obter informação, declaração ou confissão’, ‘provocar ação ou omissão de natureza criminosas’, ou ‘provocar terror social ou generalizado’. Se uma conduta não for suficientemente grave, não será definida como tortura ou terrorismo. No tráfico de drogas, essa particular gravidade não está pressuposta. A expressão constitucional “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” tem espectro denotativo muito amplo. Se interpretada ao pé da letra, toda e qualquer transação ilícita envolvendo drogas será um crime de status hediondo” (HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 23.06.2016).

⁶⁷⁰ Maurides Ribeiro sintetiza o proibicionismo nos seguintes termos: “O modelo proibicionista-punitivo tem por fundamento dois princípios: um de ordem moral-religiosa, que prega a abstinência como única possibilidade relacional dos indivíduos com essas substâncias, e outro de ordem higienista, que preconiza o ideal de um mundo livre de drogas, que, conjugados, determinam a proibição de qualquer modalidade de uso, comércio ou produção dos psicotrópicos etiquetados como ilícitos, condutas que passaram a ser tipificadas como crime e sancionados com penas privativas de liberdade e mesmo, em alguns países, penas corporais” (RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 20). Acesso em: 21 mar. 2018.

⁶⁷¹ Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018. Como mostra Rosa del Olmo, é crescente no mundo o consenso de que o tratamento dado à produção, ao tráfico e ao consumo de drogas, ao longo da história, em especial o proibicionismo, está mais associado a fatores econômicos e políticos do que à lesividade ou perigosidade das drogas. V. DEL OLMO, Rosa. Drogas, distorsiones y realidades. *Nueva Sociedad*, n. 102, jul.-ago. 1989, p. 81-93. Resumindo o tratamento da questão das drogas no direito internacional, Maurides Ribeiro afirmou o seguinte: “Na realidade, desde que os estados modernos passaram a se ocupar da “questão das drogas”, com o propósito de formular políticas públicas para o seu equacionamento, o modelo proibicionista-punitivo vem sendo adotado de maneira quase unânime e praticamente sem questionamentos. Engessando definitivamente o debate, as denominadas Convenções-Irmãs da ONU estabeleceram um sistema internacional de controle de algumas drogas catalogadas de ilícitas, reafirmando o proibicionismo como a política a ser seguida por todas as nações. A primeira dessas Convenções, realizada em Nova York no ano de 1961, recuperou e detalhou as determinações oriundas da Liga das Nações nos anos 20, cuidando, basicamente, de proscrever o ópio, a cannabis e a cocaína. A segunda, que se deu em Viena no ano de 1971, reafirmou o propósito proibicionista frente aos movimentos contraculturais dos anos sessenta, banindo o LSD e as novas drogas sintéticas. A terceira, novamente em Viena em 1988, ratificou e fortaleceu o modelo proibicionista-punitivo como instrumento de combate ao crescimento do crime organizado e suas novas estratégias delitivas, como a lavagem de capitais. Além disso, recrudescer no tratamento punitivo para com o usuário dessas substâncias, recomendando expressamente a criminalização dessa conduta. Posteriormente, em 1998, portanto dez anos após a assinatura da última das “convenções-irmãs”, a Assembléia Geral das Nações Unidas realizou uma Sessão Especial (UNGASS) dedicada à discussão da política mundial de drogas, na qual ratificou os tratados anteriores e colocou ao mundo um desafio: erradicar ou diminuir significativamente, até 2008, a produção e o consumo de drogas ilícitas no planeta.” (RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 20-21). Acesso em: 21 mar. 2018.

A Constituição, embora tenha natural vocação para se perpetuar no tempo, é obra de um poder constituinte inevitavelmente contextual. Naquele momento, o consenso quase absoluto sobre a necessidade de empreender uma verdadeira “guerra às drogas” tornou possível a equiparação, pela Constituição, dos delitos de tortura, terrorismo e tráfico de drogas. E como reconheceu Daniel Sarmento, “[é] claro que há falhas e incoerências na Constituição, obra humana, que tem as marcas do seu tempo e do contexto em que foi elaborada”⁶⁷². Hoje, certamente, esse consenso foi fortemente abalado não apenas por força da intensa produção acadêmica demonstrando o fracasso do programa criminal de combate às drogas⁶⁷³, como também da crescente tomada de consciência sobre o fato de que o progressivo endurecimento do tratamento penal da questão relativa às drogas não produziu os resultados esperados, seja na diminuição do uso das drogas, seja na redução da violência associada à sua comercialização. Ao contrário, os estudos de criminologia nesse setor mostraram que essa política pública resultou num verdadeiro genocídio de milhares de jovens pobres e negros no Brasil, associado ao crescimento vertiginoso do investimento dos recursos públicos nacionais no combate militarizado às drogas e um inescusável reconhecimento de que o bem jurídico tutelado pela criminalização do uso e do tráfico das drogas – a saúde pública – foi simplesmente esquecido pela política pública centrada na repressão penal⁶⁷⁴.

Feita essa crítica à equiparação, pela Constituição, do tráfico de drogas aos gravíssimos crimes de tortura e terrorismo, não há dúvida de que esses dois delitos são caracterizados por uma gravidade superlativa e se voltam a proteger a vida e a dignidade humanas contra agressões especialmente graves desses bens jurídicos. Entretanto, como demonstram as sucessivas modificações na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1980), o legislador tem progressivamente se afastado do parâmetro segundo o qual somente os crimes que pressuponham bens jurídicos

⁶⁷² V., SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira*: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2015. Tese (Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 66.

⁶⁷³ V. BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo; e GOMES, Mariângela G. de Magalhães. “Notas sobre a inidoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas”. In: REALE JR., Miguel. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94-106.

⁶⁷⁴ V. por todos, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 43-47; CARVALHO, Salo. *Política criminal de drogas no Brasil: (estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06)*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e BOITEUX, Luciana. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim IBCCRIM*, ano 18, n. 217, dez. 2010, p. 16.

de relevância constitucional equivalente àqueles tutelados pelos delitos expressamente citados pela norma constitucional podem ser qualificados pelo legislador como hediondos.

Ocorre que, como destacado por Daniel Sarmento, um dos papéis da interpretação constitucional “*é buscar exegeses que, sem desprezo ao texto positivado ou ao sistema constitucional, aproximem a Constituição dos valores emancipatórios do constitucionalismo democrático*”⁶⁷⁵. Partindo dessa premissa, a infeliz constitucionalização da pretensão de conferir perpetuidade e especial rigor à criminalização do tráfico de drogas não deve ser empregada para justificar a ampliação indefinida do rol de crimes hediondos e a imposição de rigor punitivo incompatível com o princípio da dignidade humana.

A primeira versão da Lei 8.072/1990 classificou como hediondos os seguintes crimes: latrocínio (art. 157, §3º, CP), extorsão qualificada pela morte (art. 158, §2º, CP), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, CP), estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 233, *caput* e parágrafo único, CP), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 233, *caput* e parágrafo único, CP), epidemia com resultado morte (art. 267, §1º, CP), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270 combinado com o art. 205, CP) e o genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889/1956). Em seguida, em 1994, em razão de dois acontecimentos que ganharam grande notoriedade pública (a chacina da Candelária, em 1993, e o homicídio de Daniela Perez, filha de conhecida autora de novelas televisivas, em 1992), o legislador acresceu ao rol de crimes hediondos os crimes de homicídio simples (art. 121, CP) quando praticado em atividade típica de extermínio e de homicídio qualificado (art. 121, §2º, I, II, III, IV e V, CP). Já em 1998, a Lei 9.695 imputou a qualidade de hediondos aos crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e §1º, §1º-A e §1º-B, CP), em razão da grande repercussão que a falsificação da pílula anticoncepcional microvilar teve no país.

Mais recentemente, o legislador incluiu, por meio da Lei 13.142/2015, outros dois delitos no rol de crimes hediondos: (i) lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º, CP) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP), quando praticadas contra

⁶⁷⁵ V., SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira*: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2015. Tese (Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 66.

autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; e (ii) favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Por fim, o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito também foi incluído na lista de crimes hediondos, por meio da Lei 13.497/2017.

É possível reconhecer, em prestígio à liberdade de conformação do legislador, que diversos delitos hoje previstos no rol de crimes hediondos, mesmo não tendo a mesma gravidade dos delitos de terrorismo e tortura, constituem crimes dotados de especial gravidade (*e.g.*, latrocínio, estupro e homicídio qualificado) – o que justificaria a sua qualificação como hediondos. No entanto, não há dúvida de que há delitos classificados pelo legislador como hediondos que estão absolutamente distantes do parâmetro material de gravidade estabelecido pela Constituição, tanto sob o ponto de vista da relevância do bem jurídico tutelado quanto sob a ótica da intensidade da sua ofensa. São exemplos desse claro distanciamento do parâmetro material de qualificação dos delitos como hediondos – ou, para utilizar uma expressão empregada pelo STJ, da “incompatibilidade axiológica” da hediondez⁶⁷⁶ – a imputação dessa qualidade aos delitos de (i) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e §1º, §1º-A e §1º-B, CP); e (ii) lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º) conforme descritas na Lei 13.142/2015.

As sucessivas inclusões de novos delitos no rol de crimes hediondos nunca tiveram a constitucionalidade debatida pelo Supremo Tribunal Federal. Não há jurisprudência constitucional sobre os limites materiais da competência do legislador para qualificar novos delitos como hediondos. Nessas circunstâncias, como se viu, o legislador tem se aproveitado da ausência de constrangimentos jurídico-normativos para se afastar cada vez mais do parâmetro de gravidade e lesividade das condutas às quais inicialmente o constituinte imputou as restrições da inafiançabilidade e da impossibilidade de concessão de graça ou anistia.

⁶⁷⁶ STJ, REsp 180.694, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 02.02.1999.

Ademais, enquanto parte da doutrina sustentava que o legislador penal não poderia criar outras restrições de direitos em relação aos crimes hediondos para além daqueles expressamente previstas na Constituição⁶⁷⁷, prevaleceu, na prática, a compreensão de que o Congresso Nacional poderia associar a esses delitos outras consequências restritivas de direito. Para que se tenha uma ideia, quando editada, a Lei 8.072/1990 impunha, em seu art. 2, § 1º, a obrigatoriedade de cumprimento da pena em regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos. Tratava-se de completa inversão das premissas que guiaram a reforma do Código Penal de 1984 e a criação da lei de execução penal⁶⁷⁸. A gravidade da restrição ao direito dos condenados imposta por essa disposição normativa – que rompia com a lógica da progressividade do cumprimento das penas consolidada no direito penal brasileiro – fez surgir rapidamente apelos pela declaração da sua inconstitucionalidade.

O estudo sobre a trajetória jurisprudencial do STF em relação à questão da constitucionalidade da imposição legal do cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos constitui uma oportunidade para compreender as mudanças do STF em relação ao grau de deferência adotado em relação ao legislador penal e as alterações ocorridas no que concerne à linha da intolerabilidade em relação a certos princípios constitucionais no campo penal – *e.g.*, princípio da individualização da pena e princípio da humanização da pena.

As sucessivas reformulações legais – imposição de regime inicialmente fechado obrigatório para os crimes hediondos e vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito – imporiam ao STF novos desafios para o controle de constitucionalidade de leis penais. Essas novas formas de restrições de direitos fundamentais no campo penal se revelavam menos graves quando comparadas à imposição obrigatória de regime integralmente fechado para os crimes hediondos, e, portanto, a declaração da inconstitucionalidade dessas regras exigiria um reposicionamento da linha da intolerabilidade

⁶⁷⁷ Nesse sentido, Alberto Silva Franco: “Além da inadmissível proibição do indulto, a Lei 8072/90 criou, em tema de direito material, um requisito mais rigoroso para a aplicação da medida penal alternativa do livramento condicional e, ainda nessa matéria, retirou de velhos guardados penais um conceito totalmente superado: o de ‘reincidência específica’” (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 103).

⁶⁷⁸ Consta do item 50 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal – segundo os parâmetros estabelecidos pela Reforma de 1984 – a reafirmação da lógica da progressividade das penas: “(...) cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico”.

das normas penais em relação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

4.1 A trajetória da jurisprudência do STF no controle das restrições legislativas ao princípio da individualização da pena

As decisões do STF que enfrentaram a constitucionalidade desse conjunto importante de restrições ao direito à individualização da pena mostram uma mudança progressiva do grau de deferência do STF em relação ao legislador penal. Esse conjunto de decisões tem como ponto comum a discussão sobre a legitimidade constitucional de leis penais que impuseram graves restrições ao princípio da individualização da pena – quais sejam, (i) imposição de regime integralmente fechado para crimes hediondos, (ii) imposição de regime inicial obrigatoriamente fechado e (iii) vedação à substituição da pena de prisão por restritivas de direito para o crime de tráfico. Embora outros princípios constitucionais também apareçam em alguns votos proferidos em cada uma das decisões a seguir estudadas – *e.g.*, princípio da humanidade das penas⁶⁷⁹, da proporcionalidade e da dignidade humana –, o fundamento central em torno do qual o STF realizou o controle de constitucionalidade desse conjunto de regras foi o princípio da individualização da pena. Ao final da análise, será possível concluir que o STF, por meio deste relevante princípio, limitou formas legislativas de concretização da ideia-força de conferir tratamento excepcional e mais gravoso para os crimes hediondos e de tráfico de drogas.

Outras controvérsias constitucionais enfrentadas pelo STF que serão analisadas mais a frente – (iv) caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo, (v) proibição de concessão de suspensão condicional do processo e da pena para crimes militares e (vi) proibição de concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e de tráfico de drogas – fornecerão

⁶⁷⁹ É comum tratar a proibição de tratamentos cruéis ou desumanos e a impossibilidade de aplicação aos condenados de restrições de direitos que não decorrem da privação da liberdade sob a ótica desse princípio da humanidade: “Na Constituição Federal Brasileira, este princípio pode ser extraído de diversos preceitos, como, por exemplo, no artigo 5o, incisos III (proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante), XLVII (proibição das penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis), XLIX (garantia de respeito à integridade física e moral dos presos) e L (condições para que as presas possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação). O princípio da humanidade também é encontrado em outros preceitos legais, como no artigo 40, da Lei de Execução Penal, e 38, do Código Penal, que garantem o respeito à integridade física e moral dos presos. (...) Para atender ao princípio da humanidade das penas, deve haver uma redução do conteúdo aflitivo das sanções e compatibilizá-las, dentro do possível, com o máximo desfrute de direitos do condenado, cuja restrição não seja imprescindível para o cumprimento da pena” (OLIVEIRA, Márcia de Freitas. *O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 31-33).

importantes subsídios para compreender as alterações da jurisprudência do STF quanto ao grau de deferência da jurisdição constitucional em relação ao legislador criminal. Também nesses casos o princípio da individualização da pena exerceu alguma função persuasória.

Como se verá, nos julgamentos envolvendo a legitimidade da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo e a da proibição de concessão de suspensão condicional do processo e da pena para crimes militares o princípio da individualização da pena foi expressamente considerado pelo Tribunal como importante parâmetro de controle da legitimidade dessas regras. No primeiro caso, serviu à declaração de inconstitucionalidade da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo; e, no segundo, não impediu o reconhecimento da constitucionalidade da proibição de concessão de suspensão condicional do processo e da pena para crimes militares. Já em relação ao debate sobre a proibição de concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e de tráfico de drogas, o princípio da individualização da pena funcionou como argumento para a declaração da inconstitucionalidade das prisões preventivas obrigatórias. O STF conferiu a esse princípio, especialmente nos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Rosa Weber, conteúdo mais amplo, de modo a afirmar a necessidade de personalização da resposta penal não apenas no momento da aplicação da pena, mas também da imposição de medidas cautelares (entre as quais a prisão preventiva).

Ao final da síntese desse grupo de seis importantes decisões do Plenário do STF será possível identificar em que medida e com que consistência a jurisdição constitucional passou a controlar a legitimidade material das leis penais. Será necessário, num passo seguinte, comparar o grau de deferência utilizado pelo STF para declarar a inconstitucionalidade de determinadas normas penais com as decisões que reconheceram a constitucionalidade outras normas. A partir desse exercício dialético e reflexivo será possível verificar de modo mais preciso os avanços, os retrocessos e as potencialidades da jurisdição constitucional no campo penal. A tentativa de construção um modelo adequado de controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil passará, necessariamente, pelo estudo da trajetória jurisprudencial do STF nos últimos anos, não apenas para identificar o estado da arte nesse campo, mas também e principalmente para propor o aperfeiçoamento dessa atividade de controle, de modo a promover uma progressiva e coerente constitucionalização do direito penal brasileiro.

4.1.1 Imposição de cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos

Na primeira oportunidade em que o Plenário do STF⁶⁸⁰ enfrentou o tema, declarou, por maioria de votos, vencidos apenas os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, a constitucionalidade da obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos, prevista no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990⁶⁸¹. No caso, a Procuradoria-Geral da República defendeu a tese de que a opção legislativa, embora não fosse a melhor – por contrariar a lógica da ressocialização das penas –, não era contrária à Constituição⁶⁸².

O Ministro Relator, Marco Aurélio, declarava a inconstitucionalidade do dispositivo legal por diversos fundamentos. *Primeiro*, por violar o princípio da individualização das penas (art. 5º, XLVI, da Constituição). Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, “*diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável*”. Para ele, “*dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto*”. Na sua visão, o legislador penal pretendeu com o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 retirar dos juízes a competência para, segundo as balizas legais, definir o regime prisional e a sua progressividade.

Segundo, a inconstitucionalidade residiria também na violação ao princípio da humanização das penas. A esse respeito, o Ministro Marco Aurélio afirmou que “*em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos*

⁶⁸⁰ À época, a maioria do Tribunal era formada por Ministros nomeados após a promulgação da Constituição de 1988 (Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Francisco Rezek e Ilmar Galvão).

⁶⁸¹ STF, HC 69657, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, j. em 18.12.1992.

⁶⁸² O parecer continha a seguinte passagem: “Mas a Constituição Federal não proíbe, embora não seja a melhor opção, segundo entendemos, já que é difícil pensar em recuperação de um condenado sem a esperança de recompensa pelo esforço de adaptação, com a conquista paulatina da liberdade, o que deve ocorrer mediante a superação de etapas específicas de ressocialização, que a execução se faça mediante adoção de um único regime, ainda que o mais rigoroso, parecendo, ao contrário, quando, por exemplo, estatui que a ‘a pena será cumprida ... de acordo com a natureza do delito’ (art. 5º, XLVIII), e quando define a inafiançabilidade e a imprescritibilidade de certos delitos (art. 5º, LXIV), admitir a adoção de critérios mais rigorosos na punição de determinados crimes” (STF, HC 69657, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, j. em 18.12.1992).

citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza”. Terceiro, o dispositivo seria inconstitucional também por violar a ideia de ressocialização da pena – ao qual o Ministro atribuiu, implicitamente, status constitucional –, uma vez que “o retorno abrupto daquele que [a sociedade] segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização”⁶⁸³.

Quarto, para o Ministro Relator, o dispositivo não se inseria no ordenamento jurídico de forma minimamente coerente com o regime jurídico de cumprimento das penas então vigente. No ponto, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que “a Lei n. 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios”, uma vez que “a um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena em regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional”. Quinto, o Ministro Relator ressaltou a má-qualidade do processo legislativo que resultou na aprovação da regra, antecipando a ideia que será aprofundada neste trabalho por meio da proposta de aperfeiçoamento do controle formal de constitucionalidade de leis penais. No ponto, afirmou que “conforme salientado na melhor doutrina, a Lei n. 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob clima da emoção, como se o aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade”. Sexto, e por fim, o Ministro Marco Aurélio acolhia a tese de que o legislador penal não poderia criar outras restrições de direitos em relação aos crimes hediondos para além daqueles expressamente previstos na Constituição (inafiançabilidade e impossibilidade de concessão de graça ou anistia)⁶⁸⁴.

⁶⁸³ Ainda a propósito da violação ao princípio da ressocialização da pena, registrou o Ministro Marco Aurélio: “A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito a um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização? Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, aquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno do cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentro outros, de recuperá-lo, (...) o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia”.

⁶⁸⁴ “Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à

Em sentido contrário à posição defendida pelo Ministro Marco Aurélio, o Ministro Francisco Rezek afirmou a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, adotando postura altamente deferente ao legislador. Para o Ministro Francisco Rezek, *“toda a linha de argumentação que o Ministro Marco Aurélio imprime ao seu voto parece-me sábia, e a tudo daria minha adesão prazerosa se estivéssemos a elaborar, em lugar do Congresso, a lei dos crimes hediondos – seguramente não lhe daríamos esse nome, e provavelmente, na esteira da melhor doutrina, não permitiríamos que ela se editasse com tantos defeitos”*. Em seu voto divergente, ficou bastante evidente o alto grau de deferência adotado em relação ao legislador penal. Ao mesmo tempo em que concordava expressamente com a ideia de que o dispositivo legal ofendia a premissa da ressocialização da pena, afirmava que *“não somos uma casa legislativa”* e, por isso, *“não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina”*.

Para o Ministro Francisco Rezek, mesmo no campo penal, deveria prevalecer a diretriz segundo a qual *“a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior”*. Seguindo essa diretriz, o Ministro Paulo Brossard defendeu postura de extrema autocontenção em relação ao controle jurisdicional da constitucionalidade das normas penais. Para ele, *“o art. 5º consagra (...) um princípio de política criminal, e que a norma constitucional remete expressamente ao legislador para que este modele as formas possíveis de individualização da pena”*. Na mesma linha, demonstrando clara preocupação em preservar a liberdade de conformação do legislador, o Ministro Paulo Brossard afirmou: *“A lei regulará a individualização da pena A lei fez bem, a lei fez mal? O Tribunal não julga em seu merecimento. A mim, por exemplo, não agrada a lei, mas eu não sou legislador, sou Juiz e só posso dizer que não aplico a lei se ela realmente tratar norma constitucional”*. E concluiu seu voto alinhando-se à postura sustentada pelo Ministro Francisco Rezek de que, mesmo em

progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º – afasta, tão somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colocou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a contrario sensu, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça – inciso XLIII do art. 5º”.

matéria penal, somente a inconstitucionalidade evidente poderia ser pronunciada pelo Tribunal: *“e, quando, com engenho e arte se pudesse sustentar esse choque [com a Constituição], pelo menos, não me parece que a suposta inconstitucionalidade fosse evidente, manifesta, acima de toda dúvida razoável”*.

Em relação à tese defendida pelo Ministro Marco Aurélio de que o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 violava o princípio da individualização das penas, limitou-se o Ministro Francisco Rezek a afirmar que *“se o legislador ordinário estabelece, no que diz respeito à pena, algo não caracterizado pela plasticidade, se o legislador diz que no caso de determinado crime o regime da pena será necessariamente fechado, não me parece que esteja por isso sendo afrontado o princípio isonômico (...) nem tampouco o preceito constitucional que manda seja a pena individualizada”*. No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello afirmou que o princípio da individualização das penas se dirigia exclusivamente ao legislador, que poderia, em abstrato, fixar o regime de execução das penas⁶⁸⁵. Além disso, o Ministro Celso de Mello negou o *status* constitucional do postulado da progressividade das penas, distanciando-o do princípio da individualização da pena. E afirmou que o art. 2, § 1º, da Lei 8.072/1990 seria compatível com a Constituição porque *“os únicos limites materiais que restringem essa atuação do legislador ordinário não foram desrespeitados (CF, art. 5º, XLVIII) – não se trata de pena de morte, de pena perpétua, de pena de trabalhos forçados, de pena de banimento ou de pena cruel”*.

Evocando mais claramente o argumento da liberdade do legislador para definir a política criminal, o Ministro Néri da Silveira afirmou que *“o legislador penal pode, evidentemente, à vista da natureza do crime, estabelecer não só a pena, como uma pena mais grave em relação a um determinado delito que, de acordo com a concepção da época em que se edita a norma penal, se entende deva ser combatido, de forma eficaz, pelos resultados nocivos que a prática desses ilícitos vem tendo na sociedade”*. E concluiu essa defesa da ampla liberdade de conformação do legislador para traçar os contornos da política criminal afirmando que *“ninguém poderá impedir que o Estado defina política de combate a determinados crimes, que*

⁶⁸⁵ O Ministro Carlos Velloso, ao acompanhar o voto divergente do Ministro Francisco Rezek pela constitucionalidade do art. 2, § 1º da Lei n. 8.072/90, concordou com a ideia de que *“a denominada lei dos crimes hediondos, no ponto, prestou um desserviço ao Direito Penitenciário, porque ela retira a esperança dos presos, dos sentenciados, e um preso sem esperança acaba se revoltando, já que não terá sentido, para ele, o bom comportamento”*. No entanto, afirmou que *“a Lei 8.072/90, ao estabelecer a obrigatoriedade do regime fechado, em nada prejudica a individualização da pena, procedida de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal”*. Também o Ministro Octavio Gallotti observou que o regime da execução da pena não tinha qualquer relação com o princípio da individualização da pena.

repercutam, de forma mais grave, na sociedade, numa certa quadra do tempo, para que esses crimes possam diminuir, reduzindo-se os malefícios que trazem para a sociedade, como também para tornar inequívoca a reprovação dentro de uma tábua de valores, a certo tipo de delito”.

O Ministro Sepúlveda Pertence, único a acompanhar o voto do Relator pela inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, afirmou que *“individualização da pena, enquanto as palavras puderem exprimir ideias, é a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese”* e que *“esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação da judicial, e o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela”*. Assim, para o Ministro Sepúlveda Pertence *“de nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo critérios de individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução”*.

Essa primeira afirmação da constitucionalidade de vedação absoluta à progressão de regime estabelecida pela lei de crimes hediondos apresenta múltiplos aspectos de grande importância para compreender a postura de enorme deferência do Tribunal à atividade legislativa no campo penal adotada naquele contexto. De um modo geral, pode-se extrair da corrente majoritária uma adesão à ideia de que não apenas a decisão sobre a criminalização de condutas como também a cominação das sanções e a definição do seu modo de cumprimento constituem assunto de política criminal, que deve ser deixado exclusivamente nas mãos dos consensos e das transações parlamentares que se refletem na legislação. A ampla maioria do Tribunal, no ano de 1992, defendia uma postura de intensa autocontenção da jurisdição constitucional em matéria penal. O elevado grau de deferência ao legislador penal se manifestou, nesse julgamento, a partir de diversas perspectivas.

Em primeiro lugar, o voto do Ministro Celso de Mello mostrava adesão à ideia de que, embora não se poderia excluir definitivamente as leis penais do âmbito de incidência da jurisdição constitucional, esse controle deveria ser feito de modo excepcionalíssimo. Para ele, as restrições materiais impostas pela Constituição ao legislador seriam bastante estreitas, baseadas unicamente em regras constitucionais expressas: proibição de pena de morte, de pena perpétua, de pena de trabalhos forçados, de pena de banimento ou de pena cruel (art. 5º, XLVIII,

da CF). A adoção dessa premissa transformaria, porém, a jurisdição constitucional no campo penal em mera abstração, sem qualquer sentido prático. Afinal, por mais abusivo que se mostrasse o excesso punitivo praticado pelo legislador penal, não seria crível cogitar de que o Congresso Nacional aprovaria leis que contivessem penas de morte, perpétuas, de escravidão, de banimento e tampouco ostensivamente cruéis. A defesa dessa compreensão sobre a função da jurisdição constitucional em matéria penal implicaria a afirmação de uma liberdade quase-absoluta do legislador criminal: o parâmetro de controle material das leis penais seria reduzido às poucas regras constitucionais expressas sobre as modalidades punitivas proibidas (art. 5º, XLVIII, da CF).

Em segundo lugar, nesse precedente, o STF se deparou pela primeira vez com a questão da amplitude da liberdade de conformação do Congresso Nacional no desenvolvimento legal da categoria dos crimes hediondos – *i.e.*, se seria ou não possível ao legislador criar para esse grupo de delitos outras restrições para além da inafiançabilidade e da impossibilidade de concessão de graça ou anistia, previstas expressamente no texto constitucional. No entanto, o Ministro Marco Aurélio foi o único a enfrentar expressamente a controvérsia, optando claramente pela posição de que o legislador penal não poderia criar outras restrições de direitos em relação aos crimes hediondos para além daquelas previstas na Constituição, o que impediria, por exemplo, que o legislador impusesse a imprescritibilidade, a proibição de indulto, ou o próprio afastamento do postulado da individualização da pena. Sem examinar efetivamente esse tema, a ampla maioria do STF optou, implicitamente, pela adoção da formulação teórica que conferia ao legislador ampla liberdade para criar novas restrições de direitos para os crimes hediondos. Com isso, o STF rejeitou a ideia de que drásticas restrições de direitos fundamentais no campo penal impostos por normas constitucionais originárias (como a contida no inciso XLIII) devem ser interpretadas como exceções que apenas podem ser estabelecidas pela própria Constituição (reservas de constituição). Essa posição viria, mais tarde, a conferir legitimidade, por exemplo, à vedação ao deferimento de livramento condicional para reincidentes na prática de crimes hediondos⁶⁸⁶, à regra de que o direito à interposição do recurso de apelação em liberdade exigiria fundamentação judicial e ao alargamento do prazo máximo da prisão temporária de cinco para trinta dias (Lei 7.960/1989).

⁶⁸⁶ STF, RE 304385, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, j. em 23.10.2001.

Em terceiro lugar, a corrente majoritária expressou de forma clara a ideia de que a submissão da lei penal a um escrutínio mais estrito implicaria, inevitavelmente, uma invasão da competência exclusiva do Congresso Nacional para definir a política criminal. Daí porque o STF, nesse julgamento, colocou num ponto bastante alto a linha da intolerabilidade das normas penais em relação ao princípio constitucional da individualização das penas. A corrente majoritária optou por conferir a esse princípio constitucional um conteúdo que, na prática, o esvaziou completamente: o postulado da individualização das penas estaria preservado desde que se garantisse que o Judiciário pudesse dosar a pena entre o mínimo e o máximo estabelecidos para cada tipo penal pelo legislador. O princípio constitucional da individualização da pena não passaria de uma repetição retórica da óbvia constatação de que o legislador não pode pré-determinar a pena final a ser cominada a cada réu, operação que cabe ao juiz a partir dos parâmetros previstos no art. 59 do Código Penal. Assim, o princípio não alcançaria o regime de cumprimento da pena, mas apenas a quantidade de pena a ser aplicada pelo juiz dentro dos marcos mínimo e máximo estabelecidos pelo legislador para cada crime⁶⁸⁷.

Em quarto lugar, nesse precedente o STF optou por não conferir *status* constitucional aos princípios da humanização e da ressocialização da pena. Isso porque os Ministros que formaram a corrente majoritária reconheceram expressamente que a pena cumprida em regime integralmente fechado impediria a realização da função ressocializadora da pena. Apesar disso, afirmaram que não havia norma constitucional que permitisse declarar a inconstitucionalidade de uma lei penal por violação ao princípio da ressocialização da pena. Desse modo, a Corte optou por delegar inteiramente ao legislador a delimitação das finalidades da pena: o mero fato de o modo de cumprimento da pena previsto em lei contrariar evidentemente a função ressocializadora não seria suficiente à declaração da sua inconstitucionalidade.

Em síntese, ao empregar um parâmetro geral de enorme deferência ao legislador penal e esvaziar drasticamente o conteúdo normativo do princípio da individualização da pena, o STF sinalizou que daria carta branca ao Congresso Nacional para produzir uma política criminal errática, tendencialmente afastada dos postulados da humanização e da ressocialização da

⁶⁸⁷ Só seria possível rejeitar a tese da inconstitucionalidade da regra que impedia em absoluto a progressão da pena se se excluísse a fase de execução da pena do âmbito de incidência do princípio da individualização, ou seja, amputar uma parte do todo, abstrair do processo a fase em que se atinge o "nível máximo de concreção", como diz Alberto Silva Franco, ou seja, o período de efetivo cumprimento da pena (SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 165).

pena⁶⁸⁸ e cada vez menos preocupada com os impactos da produção legislativa em matéria penal e com a necessidade de demonstração de consistência empírica das escolhas legislativas nesse campo. A premissa geral extraída dos votos que formaram a corrente majoritária é a de que o STF deve manter postura de extrema autocontenção no controle de leis penais, sob o fundamento de que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional definir a política criminal. Nesse contexto, a decisão política de estabelecer o cumprimento da pena em regime integralmente fechado para os crimes hediondos era apenas uma (má) escolha legislativa – o que significa, implicitamente, que o Tribunal entendia que essa não era uma questão jurídica, muito menos constitucional.

Alguns meses depois, no início de 1993, a mesma composição do STF reafirmou a constitucionalidade da imposição do regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos, empregando os mesmos fundamentos utilizados na decisão anterior⁶⁸⁹. Na ocasião, o Ministro Paulo Brossard assentou, novamente, que o fato de o legislador ter retirado integralmente a discricionariedade do juiz na fixação do regime prisional não seria contrário ao princípio da individualização da pena⁶⁹⁰.

Apenas cinco anos mais tarde, a questão voltou ao Plenário do STF por força da entrada em vigor da lei que criminalizou a prática da tortura e fixou o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por esse delito (art. 1º, § 7º, da Lei n 9.455/1997)⁶⁹¹. Esse foi o motivo que levou o Ministro Marco Aurélio, vencido nos anos de 1992 e 1993, a propor nova discussão do tema pelo Tribunal. Para ele, a Constituição teria colocado “*em pé de igualdade os crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins, de terrorismo e os definidos como hediondos*”. Assim, se após estabelecer o regime integralmente fechado para crimes hediondos, o legislador optou por fixar o regime apenas inicialmente

⁶⁸⁸ O art. 5.6 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que a finalidade da pena é a reforma e a readaptação social do condenado, ou seja, a pena deve ser executada de modo a adaptar o condenado para seu retorno ao convívio na sociedade e ensinar a convivência social. A impossibilidade de progressão de regime anda na contramão de qualquer possível função ressocializadora que a pena possa desempenhar.

⁶⁸⁹ STF, HC 69603, Rel./: Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, j. em 18.02.1993.

⁶⁹⁰ Consta do voto do Ministro Paulo Brossard o seguinte: “A lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional”.

⁶⁹¹ STF, HC 76371, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão: Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. em 25.03.1998.

fechado para o crime de tortura – possibilitando a progressão de regime –, não faria sentido manter o regime integralmente fechado para os crimes hediondos. Segundo o Ministro Marco Aurélio, o legislador teria operado, com a aprovação da Lei 9.455/1997, *“uma verdadeira correção de rumo no sentido de respeitar-se a Constituição Federal, isso relativamente à individualização da pena”*. A partir de então, não mais faria sentido *“entender-se que o crime mais grave do rol – o de tortura – contemple a aplicação da pena e o cumprimento em regime de progressão, não o admitindo os demais crimes situados no mesmo sistema”*. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, no final do ano de 1997, já havia decidido que o novo regime de cumprimento da pena previsto para o crime de tortura se aplicaria a todos os crimes hediondos⁶⁹².

A todos os fundamentos já defendidos pelo Ministro Marco Aurélio nos julgamentos ocorridos nos anos de 1992 e 1993, somava-se agora o argumento da revogação tácita do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pelo art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/1997. A inconstitucionalidade de que já padecia o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 – pela violação ao princípio da individualização da pena e, para alguns, também dos princípios da humanidade e da ressocialização das pena – estaria agravada pela patente violação ao princípio da isonomia. Como defendia àquela altura Alberto Silva Franco, citado no voto do Ministro Marco Aurélio, *“não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, se segue igual sistema aos condenados por crimes hediondos”*. Havia, portanto, uma questão adicional de (in)compatibilidade entre uma lei mais benéfica (que permitia a progressão) para o crime de tortura com uma lei mais gravosa (que determinava o cumprimento da pena integralmente no regime fechado) para crimes hediondos. Tudo isso em contexto em que o constituinte originário optou, de forma clara, por conferir tratamento equiparado aos delitos hediondos e de tortura, previstos no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, XLIII).

Apesar disso, o Plenário do STF decidiu pela validade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/1990. Além de expressar uma equivocada compreensão sobre o papel da jurisdição constitucional no campo penal, a tese beirava as raias do absurdo: mesmo reconhecendo a maior gravidade do terrorismo em face dos delitos classificados pelo legislador como hediondos, o Supremo entendeu que o tratamento mais benéfico dado aos condenados pelo crime de terrorismo – possibilitando a progressão de regime – em nada repercutiria na proibição à progressão de

⁶⁹² STJ, REsp 140.617/GO, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, j. em 24.11.1997.

regime para crimes menos graves agrupados no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, XLIII). O argumento central com base no qual a maioria do STF afastou a tese da revogação tácita foi o de que, ao acolher a proposta interpretativa do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal estaria agindo como legislador positivo, estendendo o benefício da possibilidade de progressão de regime conferido aos condenados pelo crime de tortura aos condenados pela prática de crimes hediondos ⁶⁹³. Esse argumento, contudo, incorre em, pelo menos, três equívocos⁶⁹⁴.

Em primeiro lugar, a decisão que reconhecesse a revogação tácita do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pelo art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/1997 está situada no âmbito da solução de conflito de normas no tempo, e não pode ser enquadrada como declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. Em segundo lugar, o reconhecimento da revogação tácita da proibição de progressão de regime deveria ser, em verdade, equiparado à atividade de legislação negativa, já que resultaria na expulsão da ordem jurídica de determinado dispositivo legal. Por fim, ainda que se cogitasse de que o reconhecimento do direito à progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos constituiria modalidade de legislação positiva, ela estaria plenamente autorizada, já que a criação normativa seria favorável ao réu e baseada no princípio da isonomia. Seria, assim, caso clássico de utilização legítima da técnica da sentença aditiva: a violação ao princípio da igualdade se resolveria pela extensão do benefício às situações não abrangidas pelo dispositivo legal.

Novamente, neste julgamento do ano de 1998, aparece com muita força nos votos que compuseram a corrente majoritária a preocupação em não interferir na política criminal definida com exclusividade pelo legislador. Mesmo diante do quadro agravado de múltiplas violações à Constituição – já não se tratava apenas de ofender os princípios da individualização e da função de ressocialização da pena, mas de patente ofensa ao princípio da isonomia –, o STF preferiu manter a postura de elevadíssima autocontenção, prestigiando ao máximo a liberdade de

⁶⁹³ Além desse fundamento, o Ministro Nelson Jobim ressaltou que, na condição de parlamentar tinha participado da formulação do texto da Lei 9.455/1997 e que o fato de a lei conter previsão de que a pena seria cumprida em regime inicialmente fechado não deveria ter o peso que lhe atribuía o Ministro Marco Aurélio. Isso porque, segundo o Ministro, o texto tal como aprovado foi uma estratégia adotada para angariar consenso parlamentar a partir da ambiguidade do texto. Em suas palavras, “se ficasse explícito, que haveria progressão de regime no crime de tortura, o projeto não seria aprovado”. Ao utilizar o argumento sobre a suposta imprecisão da vontade do legislador, o Ministro Nelson Jobim pretendia amenizar o dado objetivo – decorrente da literalidade da lei aprovada – de que o crime de tortura passou a contar com regime de cumprimento da pena mais benéfico do que aquele vigente para os crimes hediondos.

⁶⁹⁴ Defendi essa ideia com maior profundidade em livro que trata especificamente do tema: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

conformação do legislador penal. A essa altura, não se podia mais vislumbrar qual tipo de inconstitucionalidade patente, acima de qualquer dúvida razoável, deveria incorrer o legislador penal para que o STF invalidasse a norma penal. Tudo indicava a vinculação do STF à tese da máxima autocontenção da jurisdição constitucional em matéria penal: o legislador estaria livre para definir qualquer política criminal, sem qualquer constrangimento jurídico-normativo relevante.

A rediscussão da matéria ocorreu apenas oito anos depois, em 2006, quando, finalmente, o STF reconheceu, pela maioria apertada de seis votos contra cinco, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990⁶⁹⁵. A causa mais próxima da alteração do entendimento da Corte foi a nomeação de novos Ministros (Cezar Peluso, Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Gilmar Mendes), que aderiram aos principais argumentos defendidos pelos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence desde o primeiro julgamento sobre o tema no ano de 1992, já longamente expostos⁶⁹⁶. Cabe ressaltar apenas o extenso voto do Ministro Cezar Peluso, que (i) reconheceu que o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 ofendia o princípio da individualização da pena, (ii) assentou que, tendo o princípio assento constitucional, uma restrição dessa gravidade somente poderia ter sido feita pela própria Constituição⁶⁹⁷, e, ainda, (iii) acolheu o fundamento defendido pelo Ministro Marco Aurélio de que a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado violava também o princípio da humanidade das penas (cujo conteúdo está umbilicalmente ligado à sua função ressocializadora)⁶⁹⁸. Os fundamentos

⁶⁹⁵ STF, HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 23.02.2006. Em 2002, no primeiro caso que chegou ao Plenário do STF sobre o tema da constitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/1990, o Tribunal manteve a posição afirmada nos precedentes anteriores, mas ressaltou a possibilidade reiniciar a discussão, a partir de um aparte feito pelo Ministro recém nomeado Gilmar Mendes no sentido de que seria necessário reapreciar a matéria. V. HC 82638, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Red. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 19.12.2002.

⁶⁹⁶ STF, HC 69657, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, j. em 18.12.1992.

⁶⁹⁷ O Ministro Peluso afirmou que é “norma constitucional que a pena deve ser individualizada, ainda que nos limites da lei, e que sua execução em estabelecimento prisional deve ser individualizada, quando menos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” e que “tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica”. A partir dessa premissa, o Ministro Peluso prosseguiu afirmando que “o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII)”.

⁶⁹⁸ A propósito, afirmou o Ministro Cezar Peluso: “Deveras, a aniquilação do sistema progressivo conflita com princípio da humanidade da pena (art. 5º, III, XLVII e LXIX, da CF), transformando-lhe a finalidade “numa resposta estatal que paga o mal causado com um mal, de igual ou superior intensidade, dela eliminando não apenas

defendidos pelo Ministro Cezar Peluso foram acolhidos também pelos Ministros Eros Grau⁶⁹⁹ e Carlos Ayres⁷⁰⁰.

O Ministro Gilmar Mendes, ao acompanhar os votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres e Cezar Peluso, apresenta a primeira proposta de utilização do princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle material das leis na jurisprudência do STF⁷⁰¹. Acolhendo a tese de Hesse segundo a qual se “*reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais*”, concluiu que “o modelo adotado na Lei no 8.072/90 faz *tabula rasa* do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos”, pois “a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a ideia de individualização enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas em maculatura”, de modo que se afigura inequívoca a violação ao núcleo essencial do direito fundamental. Em seguida, fazendo uso explícito do subprincípio da necessidade pela primeira vez na jurisdição constitucional

qualquer intento ressocializador (que pode ter expressão até na tentativa de evitar um processo dessocializador), mas também o mínimo ético que é exigível na execução penal”. (...) Acresça-se que o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, não só veda a submissão de qualquer pessoa a penas desumanas ou degradantes (art. 5, nº 2), como fixa os escopos que devem orientar a disciplina legal e a execução das penas privativas de liberdade (...).”

⁶⁹⁹ O Ministro Eros Grau assim sintetizou os fundamentos que o conduziram a declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal: “Tenho que, ao menos atualmente, a lei de 1.990 entra em testilhas com o disposto no artigo 5o, XLVI [individualização da pena], no artigo 1o, III [dignidade da pessoa humana] e no artigo 5o, XLVII, e [proibição da imposição de penas cruéis] da Constituição do Brasil. 8. No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena [art. 5o, XLVI], direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis [art. 5o, XLVII, e] e o respeito à dignidade da pessoa humana [art. 1o, III], sendo também certo que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais. De outra banda, a lei possibilita, objetivamente, a progressão de regime aos condenados pelo crime de tortura. Acaso seria, esse delito, de menor gravidade em relação aos demais arrolados no artigo 1o da Lei 8.072/90?”.

⁷⁰⁰ Em seu voto, o Ministro Carlos Ayres acolheu, em primeiro lugar, a tese da violação ao princípio da função de ressocialização da pena, cujo status constitucional se poderia extrair por implicitude. O Ministro Carlos Ayres também considerou violado o princípio da individualização da pena.

⁷⁰¹ Esse primeiro uso do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade da lei penal parecia tentar harmonizar as teorias interna sobre os limites dos direitos fundamentais – que defende que o intérprete deve delimitar cuidadosamente o campo de incidência dos direitos fundamentais, explicitando os seus limites imanentes (núcleo essencial), de modo a evitar a eclosão de conflitos – e a teoria externa – concebem os direitos como dotados de hipótese de incidência ampla, mas os veem como mandamentos *prima facie*, sujeitos a restrições proporcionais ditadas pelo legislador, e ainda a ponderações de interesses no caso concreto feitas pelo Poder Judiciário. Essa tentativa de combinação das duas teorias não se mostrou consistente sob o ponto de vista dogmático. V., por todos, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128-163.

brasileira, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a aprovação de lei autorizando o livramento condicional para condenados por crimes hediondos mostrava a desnecessidade da restrição ao direito à progressão de regime⁷⁰².

Em síntese, os votos que formaram a corrente majoritária acolheram as teses de violação aos princípios da individualização da pena e da sua humanização⁷⁰³. O fundamento da violação ao princípio da proporcionalidade, embora tenha aparecido nos votos dos Ministros Gilmar Mendes, de forma explícita, e Marco Aurélio, de forma implícita, não foi alçado à condição de razão de decidir, já que não angariou o consenso da maioria do Tribunal. A consolidação do princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle material das leis apenas se deu anos mais tarde, como será demonstrado em capítulo específico deste trabalho.

A alteração da jurisprudência do STF em relação à constitucionalidade da imposição legal de cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos demonstra com clareza que a corrente majoritária já não reproduziu a premissa geral da necessidade de preservar um alto grau de deferência jurisdicional ao legislador penal. O mantra de que apenas ao Congresso Nacional caberia definir a política criminal, e que, por isso, o STF deveria se recusar a controlar a constitucionalidade material das leis penais já não

⁷⁰² A propósito, afirmou o Ministro Gilmar Mendes: “O aludido Projeto de Lei, aprovado na Câmara dos Deputados, acrescentava o seguinte § 4o ao art. 33 do Código Penal: ‘§ 4o. O juiz determinará o cumprimento de metade da pena aplicada em regime fechado, desde o início, quando o crime for de especial gravidade.’ Tal proposta demonstra que o modelo previsto na Lei no 8.072/90, se já não se revela inadequado, é, pelo menos desnecessário, uma vez que existem alternativas, igualmente eficazes e menos gravosas para a posição jurídica afetada. Em verdade, tal como apontado por Marco Aurélio e Peluso, a Lei dos Crimes Hediondos contém uma incongruência grave, pois, ao mesmo tempo em que repele a progressividade, admite o livramento condicional desde que cumpridos dois terços da pena (CP, art. 83, V). Tem-se, pois, o retorno à vida social sem que tenha havido progressão do regime, com a reintrodução gradual do condenado na vida em sociedade. Essa incongruência explícita, a um só tempo, a desnecessidade da medida adotada (lesão ao princípio da proporcionalidade) e a falta de cuidado por parte do legislador na fixação de limites do direito fundamental à individualização da pena (caráter arbitrário da norma). Fica evidente, assim, que a fórmula abstrata consagrada pelo legislador, que veda a progressão aos crimes hediondos, não se compatibiliza também com o princípio da proporcionalidade, na acepção da necessidade (existência de outro meio eficaz menos lesivo aos direitos fundamentais). Verificada a desnecessidade da medida, resta evidenciada a lesão ao princípio da proporcionalidade. (...)”.

⁷⁰³ A ementa do julgado bem representou a síntese das teses afirmada pelo Tribunal: “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90” (STF, HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 23.02.2006).

apareceu nos votos que formaram a nova corrente majoritária. Além disso, nesse julgamento, o STF avançou significativamente no modo de interpretação da Constituição nesse campo. Em primeiro lugar, ampliou-se o alcance do princípio da individualização da pena de modo a dirigi-lo não apenas ao legislador, mas também ao juiz, tanto na fase da dosimetria da pena como na fase da sua execução. Em segundo lugar, se reconheceu, ora implícita ora explicitamente, o *status* constitucional dos princípios da humanização e da função de ressocialização da pena⁷⁰⁴. Em terceiro lugar, reconheceu-se a possibilidade de controlar a legitimidade constitucional da lei penal a partir da comparação do dispositivo controlado com outros aprovados pelo Congresso Nacional no mesmo setor (no caso, o art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/1997), utilizando, para tanto, o princípio da proporcionalidade (como no voto do Ministro Gilmar Mendes) ou, sob outra roupagem, a fórmula de solução de conflitos de lei no tempo (como no voto do Ministro Marco Aurélio).

A declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 gerou vários focos de resistência dentro do Poder Judiciário. Inúmeros juízes e Tribunais se recusavam a acolher a nova orientação do Supremo Tribunal Federal. Utilizavam, para tanto, argumentos de ordem formal – a decisão foi tomada em sede de controle difuso, desprovida de eficácia vinculante – e também substancial voltados a sustentar o equívoco da decisão plenária do STF. A resistência por parte da magistratura brasileira foi tão significativa que impulsionou o Supremo a avançar no debate sobre a atribuição de caráter expansivo da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei em sede de controle difuso⁷⁰⁵.

Foram necessários, assim, mais de 15 anos para que o STF declarasse a evidente inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90. A análise da trajetória da jurisprudência do STF sobre a constitucionalidade da imposição legal de cumprimento em regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos demonstra, ainda, que o Tribunal

⁷⁰⁴ A função de ressocialização já estava prevista na Lei de Execução Penal – “Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” – e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – “6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” –, mas ainda não havia recebido o reconhecimento do status constitucional até esse momento.

⁷⁰⁵ O caso que retratava o debate se iniciou no ano de 2007 teve o julgamento concluído apenas em 2014, tendo recebido a seguinte ementa: “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente” (STF, Rcl 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 20.03.2014)

demorou mais de dezessete anos desde a promulgação da Constituição para superar a postura de intensa e injustificável autocontenção da jurisdição constitucional em relação às leis penais e reconhecer que toda norma penal que implica restrição de direitos fundamentais se sujeita à verificação efetiva da sua constitucionalidade. A superação do dogma da insindicabilidade das leis penais pela jurisdição constitucional e a rejeição à tese de que as leis penais somente teriam sua constitucionalidade afastada por violação a em regras constitucionais expressas e unívocas abriram as portas para que a Constituição pudesse operar, devidamente, como limitação jurídico-normativa à atividade legislativa no campo penal.

4.1.2 Possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direito aos condenados por tráfico de drogas

A partir da decisão do STF declarando a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender ser possível substituir a pena restritiva de liberdade por restritivas de direito para condenados por crimes hediondos. A maior parte dos casos envolvia condenações pelo crime de tráfico de drogas. Logo após a decisão do Supremo, o STJ incorporou à sua jurisprudência a plena possibilidade de progressão de regime a todos os crimes hediondos⁷⁰⁶. Segundo essa compreensão, com a declaração de inconstitucionalidade da norma, tornou-se novamente aplicável o regime geral do Código Penal, que permitia a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito⁷⁰⁷, já que deixou de existir qualquer previsão legal que impedisse tal substituição.

⁷⁰⁶ V., por todos, o seguinte precedente: “(...) 1. Vislumbrada pela instância ordinária a existência de indícios suficientes da autoria criminoso, para a instauração da ação penal, o exame da pretensão ora deduzia implicaria, para afastar o substrato fático em que se ampara a acusação, na dilação probatória dos autos, o que, como é sabido, não é possível na estreita e célere via do habeas corpus. 2. O Pretório Excelso, em sua composição plenária, no julgamento do HC n.º 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, declarou, em sede de controle difuso, inconstitucional o óbice contido na Lei dos Crimes Hediondos que veda a possibilidade de progressão do regime prisional aos condenados pela prática dos delitos nela elencados. 3. Tal entendimento, firmou-se na interpretação sistêmica dos princípios constitucionais da individualização, da isonomia e da humanidade da pena. 4. Afastou-se, assim, a proibição legal quanto à impossibilidade de progressão carcerária aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, tendo sido, todavia, ressalvado pelo Supremo Tribunal Federal, no mencionado precedente, que caberá ao juízo da execução penal analisar os pedidos de progressão considerando o comportamento de cada condenado. 5. Por consequência, resta superado o único óbice à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados, o qual residia no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado. Assim, com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, inexistiu, agora, qualquer empecilho quanto à concessão do indigitado benefício, desde que acusado atenda, como na hipótese ocorre, os requisitos previstos no art. 44, do Código Penal” (STJ, HC 49.318, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 14.03.2006). No mesmo sentido: STJ, HC 45.389, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 14.03.2006; HC 45.876, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, j. em 16.03.2006.

⁷⁰⁷ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave

Essa diretriz jurisprudencial do STJ veio a ser confirmada pelo Plenário do STF em abril de 2007⁷⁰⁸. Entretanto, como lembrou o Ministro Sepúlveda Pertence nesse julgamento, a Lei 11.343/2006 (lei de drogas) estabeleceu expressamente a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de drogas (art. 33, § 4º, e art. 44, *caput*)⁷⁰⁹. A partir da entrada em vigor desses dispositivos legais, o STJ passou a entender que a restrição somente seria aplicável aos fatos cometidos após a sua entrada em vigor⁷¹⁰. Para os casos anteriores, prevaleceria a possibilidade de substituição da pena privativa

ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

⁷⁰⁸ STF, HC 85894, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 19.04.2007.

⁷⁰⁹ Os dispositivos da lei que proibiam a substituição da pena: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

⁷¹⁰ Prevaleceu no STJ a compreensão de que “*embora já esteja em vigor o dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo crime de tráfico (art. 44, caput, da Lei nº 11.343/2006), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de lex gravior, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência*”. Essa diretriz jurisprudencial não se formou sem divergência no âmbito do STJ. O Ministro Napoleão Nunes Maia sustentava que, mesmo sem previsão legal (em relação aos casos anteriores à entrada em vigor da Lei n. 11.343/06), não seria possível substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sob o fundamento de que a “substituição em nenhuma hipótese será suficiente ou socialmente recomendável aos condenados por tráfico de entorpecentes”. Essa proposta interpretativa constituía pretensão de contornar a vedação constitucional à retroatividade da lei penal mais gravosa por meio do uso de argumentos morais. O voto do Ministro Napoleão Nunes Maia continha os seguintes argumentos: “5. Com efeito, a previsão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pela legislação penal, busca separar os sentenciados por pequenos delitos daqueles delinquentes perigosos, evitando-se, assim, que sejam atingidos pelos males que o sistema carcerário acarreta. 6. Porém, existem delitos que, pelos seus efeitos nocivos à sociedade não podem ser considerados menos graves, a ponto de permitir a aplicação do instituto. 7. O tráfico de entorpecentes foi tratado com maior rigor pelo legislador constituinte que, no art. 5º, XLIII da Carta Magna, estabeleceu que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Isso se deu em razão de a sociedade ter se deparado com os imensos malefícios que decorrem dessa prática criminosa, sobretudo a conectividade com diversos outros delitos igualmente graves (não se pode ignorar que o tráfico está ligado a crimes de roubos, tráfico de armas, lavagem de dinheiro, assassinatos, etc). 8. A legislação ordinária, por sua vez, considerou-o como um crime de perigo, pois a prova do dano é prescindível, ou seja, o acusado dessa prática não pode tentar demonstrar que esse dano não existe ou que seu comportamento é inofensivo, pelo simples fato de que a nocividade é ínsita ao delito, uma vez que já foi amplamente comprovada pelas regras da experiência e, ainda, por médicos, cientistas e especialistas em saúde pública. 9. É certo que não se faz política criminal somente com leis. Juristas e doutrinadores de grande extirpe não cansam de propalar que não se combate a criminalidade apenas aumentando-se as penas, os tipos penais ou o rigor no cumprimento das sanções. Não menos certo, contudo, que não cabe ao Judiciário substituir as autoridades competentes e criar política criminal própria ou, ainda, de saúde pública e prevenção ao uso de entorpecentes, dissociada da realidade e dos próprios anseios da população, por meio de uma interpretação utópica das leis penais. 10. Frise-se, aliás, que o legislador ordinário, sensível aos

de liberdade por restritiva de direitos, por força da decisão proferida pelo STF que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990⁷¹¹. Assim, o STJ reconhecia que a restrição a direitos fundamentais em matéria penal ainda dependia de lei. Sem lei que negasse o direito à substituição da pena, se aplicaria a previsão geral contida no Código Penal. Mas a partir do momento em que entrou em vigor a Lei 11.343/2006, os fatos delituosos praticados após a vigência dessa disposição normativa seriam por ela alcançados e já não mais seria dado ao juiz decidir, em cada caso concreto, sobre a possibilidade ou não de substituição.

Fixada a ausência de caráter retroativo da vedação à substituição prevista na Lei 11.343/2006, iniciou-se, em 2009, debate sobre a própria constitucionalidade da nova vedação legal. Os primeiros precedentes do STJ sobre o tema apenas aplicaram mecânicamente os dispositivos legais que proibiam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito para condenados por tráfico de drogas⁷¹². A Sexta Turma do STJ, porém, decidiu arguir, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação contida no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei 11.343/2006 e submeter a questão à Corte Especial daquele Tribunal⁷¹³. O voto do Ministro

anseios da comunidade jurídica e da população em geral, com o intuito de aperfeiçoar as antigas leis que disciplinavam o tráfico de entorpecentes (Leis 6.368/76 e 10.402/2002), editou a Lei 11.343/2006, que proibiu, expressamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo naqueles casos em que permitiu a diminuição da pena” (STJ, HC 94.388/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Red. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 30.05.2008). O Ministro Napoleão Nunes Maia chegou a afirmar, sem maiores reservas, que “[n]ão há necessidade de norma jurídica que explicita a inadequação da privação de direitos ao propósito visado pelo Direito Penal, pois tal resulta de maneira clara e inescandível da própria função repressora que a Lei Penal contém, não se podendo dizer que o Juiz Criminal esteja de tal modo preso à letra da lei, que não possa a sua interpretação contribuir para dar à norma penal a possibilidade de alcançar o seu propósito”. Essa posição, ao final vencida, explicitava uma tentativa de autorizar a criação de norma penal mais gravosa pelo Judiciário para atender à demanda difusa de maior rigor na punição do tráfico de drogas.

⁷¹¹ Nesse sentido, o precedente assim resumido: “I - O c. Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 é inconstitucional. II - Desta forma, não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. III - Embora já esteja em vigor o dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico (art. 44, caput, da Lei nº 11.343/2006), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de lex gravior, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência. Ordem concedida.” (STJ, HC 94.388, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Red. p/ Acórdão Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 30.05.2008).

⁷¹² STJ, HC 123.134, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 21.05.2009. Nesse sentido, o precedente assim resumido: “(...) I - Após a modificação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e equiparados, independente do quantum da pena. II - In casu, tendo o paciente cometido o crime sob a égide da Lei nº 11.464/07, é incensurável a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda penal. III - Existe expressa vedação legal à concessão de sursis e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao crime de tráfico de entorpecentes (art. 44, da Lei 11.343/2006). Ordem denegada.” (STJ, HC 133.922, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 13.08/2009)”.

⁷¹³ STJ, HC 120.353/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 13.08.2009.

Og Fernandes, na ocasião, admitiu a relevância da *“alegação de que a proibição à substituição viola os princípios da dignidade da pessoa humana, individualização da pena, assim também o da proporcionalidade”*. Então, no final de 2009, a Corte Especial do STJ, por maioria de votos, rejeitou o incidente de inconstitucionalidade e afirmou a compatibilidade da regra que proibia a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito com o princípio da individualização da pena⁷¹⁴.

O Ministro Relator Og Fernandes, que ficou vencido, defendeu a inconstitucionalidade da vedação, sob o fundamento central de que *“a Lei n. 11.343/06, ao proibir a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, fulmina o princípio da individualização da pena, pois, noutros termos, impõe prisão a todos, independentemente do quantum da pena, condenados por tráfico de drogas, tráfico de maquinário, associação para o tráfico, financiamento do tráfico e colaboração como informante”*. Para o Ministro, *“a regra retira do julgador a possibilidade de valorar o caso concreto, impedindo-lhe de, se e quando socialmente recomendável, converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos a condenados pelos referidos delitos”*. Além disso, o Ministro Relator sustentou a inconstitucionalidade do dispositivo legal também com base na violação ao princípio da igualdade, na medida em que impediria, de forma absoluta, a conversão da pena a condenados por tráfico: *“há grandes e pequenos traficantes; aqueles que se enriquecem com o narcotráfico, e aqueles que são coagidos como forma de sustentar a própria adição; há os que se utilizam do tóxico como meio de vida, mas há os primários, que merecem ver substituída a prisão por uma medida restritiva, para os quais a resposta penal alternativa à prisão é suficiente”*. Em sua conclusão, o Ministro defendeu a ideia de que nenhuma lei pode impedir, em abstrato, a substituição da pena, por entender que o instituto integra *“um núcleo constitucional intangível, pois encontra suas raízes no próprio fundamento do Estado Democrático de Direito, a saber, a dignidade da pessoa humana, impondo-se a sua observância por todas as demais leis penais incriminadoras”*.

Apenas o Ministro Nilson Naves acompanhou a proposta de declaração de inconstitucionalidade⁷¹⁵. Para ele, os mesmos fundamentos que levaram o STF a declarar a

⁷¹⁴ STJ, AI no HC 120.353, Rel. Min. Og Fernandes, Red. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, Corte Especial, j. em 04.11.2009.

⁷¹⁵ Para o Ministro Nilson Naves, os mesmos fundamentos que levaram o STF a declarar a inconstitucionalidade da imposição de regime integralmente fechado aos crimes hediondos conduziram à inconstitucionalidade da vedação absoluta à substituição da pena para os crimes previstos na Lei de Drogas. A propósito, afirmou: *“Imaginemos duas condutas: uma, a de alguém expondo à venda um grama de substância entorpecente; outra, a*

inconstitucionalidade da imposição de regime integralmente fechado aos crimes hediondos conduziriam à inconstitucionalidade da vedação absoluta à substituição da pena para os crimes previstos na Lei de Drogas. Todos os demais votos proferidos no julgamento entenderam pela constitucionalidade da vedação do § 4º do art. 33 e do art. 44 da Lei 11.343/2006.

O voto condutor, proferido pelo Ministro Ari Pargendler, apresentou dois fundamentos principais para a rejeição do incidente de inconstitucionalidade: (i) “[s]e a lei deve assegurar indiscriminadamente ao juiz o arbítrio para, no caso do tráfico ilícito de entorpecentes, substituir a pena privativa da liberdade pela pena restritiva de direitos, o próprio art. 44 do Código Penal seria inconstitucional ao excluir desse regime os crimes cometidos à base da violência ou de grave ameaça à pessoa”; e (ii) as novas restrições de direitos impostas aos condenados por crimes previstos na Lei de Drogas estariam em consonância com a vontade do constituinte de conferir tratamento mais gravoso ao tráfico de drogas, conforme expresso nos incisos XLIII e LI do art. 5º da Constituição⁷¹⁶. O Ministro, ainda, concluiu que “[a] adoção da pena privativa de liberdade para a punição do crime de tráfico de entorpecentes não implica, ipso facto, o descumprimento da individualização da pena”, pois “[i]ndividualização da pena há, não obstante uma de suas manifestações tenha sido suprimida”. Além disso, o Ministro argumentou que a inafiançabilidade imposta pela Constituição importaria na privação da liberdade do acusado pelo delito de tráfico de drogas durante o processo – sendo que já era amplamente majoritária a orientação jurisprudencial de que a inafiançabilidade não criava a obrigatoriedade de prisão preventiva⁷¹⁷ –, de modo que não faria sentido que o acusado respondesse ao processo preso para receber ao final uma pena restritiva de direito.

de alguém exposto à venda (tendo em depósito, etc.) cem quilos de substância entorpecente – são condutas diferentes, é claro. É lícito ao juiz dar a ambas as condutas igual tratamento, a saber, negar a tais acusados liberdade provisória (foram presos em flagrante) sem nenhum fundamento, salvo a referência à lei pertinente? Isso me soa estranho, estranhíssimo. (...) São condutas diferentes, totalmente desiguais, e a recomendação, a melhor delas, é no sentido de que haja soluções diferentes, se lá no caso do HC-76.779, também neste caso e principalmente nele, sob pena, aqui principalmente, de ofensa à correta individualização da pena, também ao indicado princípio em que se funda a República Federativa do Brasil”.

⁷¹⁶ Nos termos do voto, “as hipóteses excludentes do regime de substituição de penas, contempladas no art. 44 do Código Penal, tem como suporte unicamente o critério do legislador ordinário; já a inconversibilidade das penas quando a condenação decorre do tráfico ilícito de entorpecentes têm por si a vontade do constituinte, que em dois momentos destacou a importância da repressão a esse crime (...), primeiro, no art. 5º, XLIII, já citado, a cujo teor a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outros, o tráfico ilícito de entorpecentes; segundo, no art. 5º, LI, que autoriza a extradição do brasileiro naturalizado comprovadamente envolvido no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” (STJ, AI no HC 120.353/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, j. em 04/11/2009).

⁷¹⁷ V., por todos, STF, HC 101055, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 03.12.2009; HC 95790, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 07.10.2008; HC 93361, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 15.04.2008.

A Ministra Laurita Vaz, acompanhando a divergência, afirmou que, embora entendesse como problemática a instituição de vedação a concessão de benefícios pelo legislador com base em critérios objetivos, “*o próprio Constituinte originário previu um regime mais gravoso no que se refere à repressão aos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, razão pela qual não vejo como inconstitucional a proibição ora em análise*”. O voto da Ministra, além de entender que a vedação à substituição da pena de prisão por restritiva de direitos não ofendia o princípio da individualização da pena, aderiu às razões que inspiraram o legislador a criar um subsistema punitivo especial e mais rigoroso para os condenados pela prática de tráfico de drogas, dada a intensa gravidade que esse delito representaria para a própria existência do Estado democrático de direito⁷¹⁸.

O Ministro Luiz Fux afirmou que esse regime mais gravoso imposto para os crimes de tráfico de drogas respeitava os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao tempo em que rejeitava a alegação de violação à dignidade humana, sob o fundamento de que “*se a Constituição criminalizou de forma tão gravosa o tráfico de drogas, o foi em prol da sociedade e não em prol do réu*”, de modo que “*se invocar o princípio da dignidade da pessoa humana, dever-se-ia fazê-lo em prol dos membros da coletividade. O que se enuncia constitucionalmente em relação aos criminosos, aos presos, é o respeito à sua integridade física e ao tratamento humanitário que devem merecer*”⁷¹⁹. Já o breve voto do Ministro Teori Zavascki se limitou a afirmar que os princípios da dignidade humana e da individualização da pena eram suscetíveis

⁷¹⁸ O voto apresenta, nesse particular, as seguintes ponderações: “Outrossim, o princípio constitucional da individualização da pena não pode ser interpretado de forma a evitar a adoção de medidas punitivas necessárias ao resgate da higidez da ordem social e da paz pública, principalmente em se tratando de crimes tão perniciosos como os relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, que devem ser evitados e reprimidos da forma mais eficaz possível. E foi assim pensando que o legislador elegeu legitimamente, de maneira responsável, como forma de evitar e de prevenir o cometimento de delitos relacionados ao tráfico, a impossibilidade de o condenado por tais crimes ter a sua pena privativa de liberdade substituída por restrição de direitos. Trata-se de pronta resposta estatal para o resguardo da ordem pública, atualmente ameaçada com atividades criminosas organizadas, reiteradas e violentas, principalmente as referidas ao tráfico ilícito de entorpecentes, em que os envolvidos, de forma geral, agem de forma atentatória às instituições que dão suporte a existência de um Estado Democrático de Direito”.

⁷¹⁹ Essa utilização do princípio da dignidade humana para restringir direitos fundamentais e, até mesmo, para negar tratamento igualitário a todos os seres humanos, é repudiada pelas mais diversas funções atribuídas a esse princípio no Estado democrático de direito. Como acentuou Daniel Sarmento, “o princípio da dignidade da pessoa humana tem múltiplas funções na ordem jurídica brasileira, o que é natural, haja vista a sua importância capital e o seu vastíssimo âmbito de incidência. Focarei aqui as que me parecem mais relevantes: fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critério para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados” (V., SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Tese (Titularidade), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 70).

de “*moldagem razoável pelo legislador ordinário*”, o que tinha ocorrido em relação à opção legislativa de impor vedação absoluta à substituição.

Quando o julgamento do incidente de inconstitucionalidade foi concluído, em novembro de 2009, já estava afetada ao Plenário do STF a questão da constitucionalidade da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4º do art. 33, e da expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”, constante do art. 44, ambos da Lei 11.343/2006⁷²⁰. Porém, apenas no início de 2010 o STF iniciou o julgamento da questão, debatida incidentalmente em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, por meio do qual se alegava que referidos dispositivos violavam os princípios da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º), da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário quanto a lesão ou ameaça de lesão a direito (inciso XXXV do art. 5º) e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito (inciso LIV do art. 5º).

No caso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos prevista na parte final do art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006⁷²¹. O voto do Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, iniciou rememorando que, durante a vigência da Lei 6.368/1973 (antiga Lei de Drogas), e mesmo após a entrada em vigor da Lei de crimes hediondos (que impunha regime integralmente fechado), sempre se reconheceu a possibilidade de substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito para o crime de tráfico de drogas. O STF já tinha afirmado, antes da entrada em vigor da Lei 11.343/2006, que “*a previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída*

⁷²⁰ O tema relativo à proibição de se converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Informativo/STF n. 560 noticiava que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 22.09.2009, havia afetado tal controvérsia ao Plenário: “Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos. A Turma deliberou afetar ao Plenário julgamento de habeas corpus em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4o) questiona a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas (“Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”). Sustenta a impetração que a proibição, no caso de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofende as garantias da individualização da pena (CF, art. 5o, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional.” (HC 97.256, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 22.9.2009.)

⁷²¹ STF, HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 01.09.2010.

por restritiva de direitos”⁷²². Todavia, agora o Supremo estava diante do desafio de averiguar a constitucionalidade da clara opção do legislador de vedar a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito.

O Ministro Relator votou pela inconstitucionalidade da referida vedação constante da Lei 11.343/2006. Para tanto, argumentou, em primeiro lugar, que *“embora o Magno Texto Federal habilite a lei para complementar a lista de crimes hediondos, a ela impôs um limite material: a não-concessão dos benefícios da fiança, da graça e da anistia para os que incidirem em tais delitos. (...) Não incluindo nesse catálogo de restrições a vedações à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Ponto pacífico”*. Assim, o Ministro Carlos Ayres reconheceu a existência de uma reserva de Constituição para a restrição especial ou excepcional dos direitos dos condenados por crimes hediondos e de tráfico de drogas. Segundo ele, *“a Constituição da República fez clara opção por não admitir tratamento penal ordinário mais rigoroso do que o nela mesma previsto”*, o que implicaria dizer que a Constituição teria subtraído do legislador comum *“a possibilidade de estabelecer constrições sobejacentes daquelas já preestabelecidas pelo próprio legislador constituinte”*.

Em segundo lugar, o voto do Ministro Carlos Ayres avançou para afirmar a inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos em razão da ofensa ao princípio da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º). Nesse ponto, reafirmou que esse preceito constitucional exige concretização legislativa, mas que a atividade do legislador penal não poderia nulificar o *“núcleo semântico da garantia à individualização da pena”*, que englobaria também *“o momento concreto da aplicação da pena privativa de liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário”*. Afirmou, ainda, que *“a individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executório”*.

Dessa premissa sobre a abrangência do princípio da individualização da pena, para o Ministro Carlos Ayres, *“se deduz que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz*

⁷²² STF, HC 84928, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, j. em 27.09.2005. No mesmo sentido, V. HC 103068, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 14.12.2010; HC 96923, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 03.08.2010.

sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação (mandado de otimização, diria Ronald Dworkin) de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo". E, desse modo, o direito penal não poderia "subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória". Para o Ministro Carlos Ayres, seria necessário distinguir duas situações: (i) uma situação seria a lei estabelecer condições mais severas para a concreta incidência da alternatividade, contexto em que essa severidade somente poderia ter sua legitimidade constitucional questionada sob a ótica da proporcionalidade; (ii) outra situação seria, como no caso da Lei de Drogas, "proibir ao julgador, pura e secamente, a convolação da pena supressora de liberdade em pena restritiva de direitos", o que representaria a antítese da garantia da individualização da pena.

Por fim, o Ministro Carlos Ayres afirmou que a Constituição não abriu nenhuma exceção à incidência da personalização da reprimenda, "nem por ocasião do atuar legislativo nem nas subsequentes fases da dosimetria e do regime de execução intramuros penitenciário". A partir de uma leitura sistemática da Constituição (art. 5º, LXI, LVII e XLVI) que pressupõe o aprisionamento como exceção, o Ministro defendeu que todos os tipos penais devem obrigatoriamente se disponibilizar para o regime de substituição da pena de prisão por outras restritivas de direito.

O voto-vista divergente apresentado pelo Ministro Joaquim Barbosa retomou o fundamento que levava o Ministro Ari Pargendler, no STJ, a afastar a tese da inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas. Para o Ministro Joaquim Barbosa, os fundamentos aduzidos pelo Ministro Carlos Ayres Britto para chegar à inconstitucionalidade da vedação em relação ao crime de tráfico de drogas serviriam para declarar a inconstitucionalidade do próprio art. 44 do Código Penal, que veda a substituição da pena nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, mas "esta vedação nunca foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal"⁷²³. Em seguida, o Ministro deu

⁷²³ Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa afastava a suposta ofensa ao princípio da individualização da pena a partir do seguinte raciocínio: "A primeira dificuldade com que me deparei para considerar inconstitucional a vedação imposta pela Lei de Drogas foi a seguinte: no nosso Direito Positivo, a substituição da pena não é cabível em qualquer crime. Com efeito, o Código Penal traz vedações à substituição da pena em várias situações, como se observa no ser artigo 44. Assim, a menos que consideremos esse dispositivo inconstitucional, temos que de

alguns exemplos desse argumento relacional, lembrando que *“há crimes menos graves do que o tráfico de drogas que incidem nesta proibição, como por exemplo: crime de lesão corporal grave; crime de aborto; crime de roubo simples. Nenhum desses crimes é considerado hediondo e, mesmo assim, não é possível a substituição”*. Na mesma linha, lembrou que o § 3º do art. 44 do CP proíbe a substituição para o reincidente específico, de modo que aquele que reincide no crime de furto, *“que também é um crime muito menos grave do que o tráfico de drogas”*, não pode ter a pena de prisão substituída por penas restritivas de direito.

Na sequência, o Ministro Joaquim Barbosa propôs uma leitura menos ampla do princípio da individualização da pena, que somente estaria violado *“se o legislador tivesse impedido por completo a individualização judicial nos crimes hediondos, em pelo menos um de seus dois momentos: 1) o da aplicação da pena prevista pela lei pelo juiz sentenciante – aí se inserindo a espécie de pena aplicável; e 2) o da execução e cumprimento da pena pelo condenado”*. Na visão do Ministro, para reconhecer a inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas, se deveria afirmar que o juiz teria poder *“para substituir a pena em todos os casos concretos, independente da pena aplicada ou do crime cometido, o que esbarra no que dispõe o art. 44 do Código Penal”*. Ainda para o Ministro Joaquim Barbosa, o princípio da individualização da pena *“confere ampla margem de atuação ao legislador penal”* e, por isso, se deveria prestigiar a opção do legislador ordinário de estabelecer a pena privativa de liberdade de forma obrigatória como sanção para o crime de tráfico de drogas.

Após argumentar que a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas não ofenderia –ao contrário, realizaria – o princípio da individualização da pena, o Ministro defendeu a adoção, pelo STF, de uma postura de maior autocontenção no controle da constitucionalidade das leis penais, por três fundamentos. Primeiro, *“no Estado Democrático de Direito, o legislador eleito tem*

reconhecer que o juiz, em vários casos, é impedido de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista, justamente, esta vedação legal. Com efeito, ao disciplinar as hipóteses de cabimento de substituição da pena. O Código Penal fixou as diretrizes a serem observadas pelo juiz no momento de sua aplicação. (...) Como se percebe, a substituição da pena não cabe em qualquer crime e, portanto, a atividade judicial de individualização da pena encontra este primeiro balizamento legal. A aplicação de penas alternativas é regulada pela Lei, que estabelece quando elas poderão ser aplicada. Noutras palavras: o instituto da substituição da pena não deriva, diretamente, do direito constitucional à individualização da pena. O nosso ordenamento não outorga ao juiz essa liberdade ampla de analisar se a substituição é cabível, em todo e qualquer caso concreto. Somente naquelas circunstâncias específicas previstas na lei é que a substituição será possível”.

legitimidade constitucional não só para estabelecer limites à atuação do Estado, protegendo o cidadão contra seus excessos, mas, também, para estabelecer limites à liberdade humana, como imperativo da vida em sociedade”. Segundo, no contexto de vagueza e abstração das normas constitucionais envolvidas – notadamente o princípio da individualização da pena –, “*o excesso interpretativo, longe de realizar os direitos e garantias individuais, aumentará a tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia representativa, produzindo a inconstitucionalidade de todo o ordenamento jurídico elaborado pelo legislador eleito, especialmente considerando uma Constituição extensa como a brasileira*”. Por fim, a decisão sobre a possibilidade de aplicar penas restritivas de direito constitui “*tema atinente à política criminal, necessariamente situada na esfera de deliberação do Poder Legislativo*”.

Em resposta ao argumento de que a declaração de inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas conduziria, necessariamente, à declaração de inconstitucionalidade do art. 44 do CP, o Ministro Cezar Peluso afirmou que, em verdade, se tratam de problemas diversos, não se podendo “*confundir a gravidade do crime com a natureza do crime*”. De um lado, a a gravidade do crime é apurada em concreto pelo magistrado, razão pela qual “*a própria lei prevê que as penas acima de 4 anos – e que, portanto, pressupõem a gravidade do crime – não suportam a conversão*”. lei não pode impedir a escolha judicial em razão da natureza jurídica do crime, “*porque a natureza jurídica do crime não compõe o âmbito dos critérios de individualização da pena*”. Por isso, não se poderia “*confundir a gravidade do crime com a natureza do crime*”: Assim, diferentemente da vedação da Lei 11.343/2006, a previsão legal do art. 44 do Código Penal seria compatível com a Constituição, pois, nesse caso, estaria “*sendo levada em conta a gravidade concreta do crime*”.

Os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, ao acompanharem o voto do Ministro Relator, lembraram, ainda, que a lei teria uma grave inconsistência interna, pois teria inserido um tratamento especial mais benéfico para o tráfico cometido por agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades nem integre organização criminosa – aos quais se aplicaria uma redução de pena de um sexto a dois terços – e, ao mesmo tempo, impedido a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Já a Ministra Ellen Gracie defendeu a tese de que, seja na vigência da versão original do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 (declarado inconstitucional pelo STF), seja na vigência da

sua nova redação, dada pela Lei 11.464/2007 (que impôs o regime inicialmente fechado para crimes hediondos), a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos seria vedada implicitamente pelo próprio sistema, na medida em que se teria optado pelo regime fechado de cumprimento de pena⁷²⁴. Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio divergiu do voto do Relator, adotando o fundamento utilizado pelo Ministro Ari Pargendler, no STJ, segundo o qual a inafiançabilidade imposta pela Constituição importaria na privação da liberdade do acusado pelo delito de tráfico de drogas durante o processo, e, portanto, não faria sentido que o acusado respondesse ao processo preso e recebesse ao final uma pena restritiva de direito. Também afirmou que, nesse caso, o STF deveria adotar postura de maior autocontenção, pois *“a lei especial surge no campo da opção político-normativa, tendo em conta a quadra vivenciada”*.

Por fim, o Ministro Celso de Mello, acompanhando a conclusão do Ministro Relator, afirmou que a vedação apriorística de conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos seria manifestamente incompatível com o princípio da individualização da pena. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, *“o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição casuística da existência, ou não, da possibilidade, em cada situação concreta, da conversão da pena privativa de liberdade por sanção penal alternativa”*.

Portanto, o fundamento central da decisão foi, novamente, a violação ao princípio da individualização da pena. Já os votos vencidos centraram seus esforços na demonstração de que a opção legislativa não ofendia o princípio da individualização das penas, defendendo que referido princípio admitiria ampla margem de apreciação ou de conformação e que o legislador poderia subtrair dos condenados por determinados tipos penais o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. O argumento baseado na necessidade de manter uma postura de maior autocontenção no controle de constitucionalidade dessas normas penais, em prestígio ao princípio democrático, apareceu apenas como reforço de argumentação nesses votos que rejeitavam a arguição de inconstitucionalidade.

4.1.3 Imposição de cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos

⁷²⁴ O STF tem jurisprudência pacífica no sentido de que a fixação do regime prisional diferente do aberto não impede, em tese, a possibilidade de substituição da pena de prisão por restritiva de direito. V, por todos, RHC 116049, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 10.02.2015.

Após a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pelo Plenário do STF em fevereiro de 2006, o Congresso Nacional aprovou a Lei 11.464/2007, conferindo nova redação ao art. 2º da Lei 8.072/1990 para estabelecer o seguinte: (i) a pena por crime hediondo seria cumprida inicialmente em regime fechado; (ii) a progressão de regime se daria após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente; (iii) em caso de sentença condenatória, o juiz teria que decidir fundamentadamente sobre a possibilidade de o réu apelar em liberdade; e (iv) a prisão temporária teria prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

O dispositivo declarado inconstitucional estabelecia o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. O projeto de lei subscrito pelo então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos tinha a pretensão de estabelecer um regime prisional mais gravoso para os crimes hediondos – o regime inicial seria obrigatoriamente fechado e a progressão exigiria o cumprimento do dobro do tempo exigido para condenados por crimes comuns –, que fosse compatível com o princípio da individualização da pena. Segundo essa proposta, a decisão do STF não impediria que se reconhecesse o direito à progressão e se estabelecesse a obrigatoriedade do regime inicial fechado⁷²⁵. A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados também ressaltava que a proposta legislativa conciliava o princípio da

⁷²⁵ Consta das razões que subsidiaram a apresentação do Projeto de Lei o seguinte: “5. A proposta de alteração da regra do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072, de 1990, procura estabelecer uma forma mais rigorosa de progressão de regime prisional para os condenados por crimes considerados hediondos ou a eles equiparados, diferenciando-os dos crimes comuns. Com efeito, enquanto a regra geral da Lei de Execução Penal possibilita a progressão de regime mediante o cumprimento de um sexto da pena privativa de liberdade (artigo 112), a nova proposta é de, nos casos especificados, permitir a progressão apenas depois de cumpridos um terço da pena, ou a metade, no caso de reincidência. Ou seja, para os crimes hediondos ou equiparados serão duplicados os prazos de progressão adotados para os crimes comuns. 6. Esse aumento dos prazos para progressão de regime responde à necessidade de estabelecer tratamento mais severo para os crimes definidos como hediondos ou a eles equiparados. Contudo, procura-se também equilibrar a proporção de tempo de pena cumprido em cada um dos regimes prisionais, tendo por base o critério temporal já fixado pelo legislador ordinário para o livramento condicional, que é de dois terços da pena (inciso V do artigo 83 do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 8.072, de 1990). Assim, o condenado por crime hediondo necessariamente passará pelos dois regimes prisionais mais severos - fechado e semi-aberto - antes de poder obter o livramento condicional. 7. Além de aumentar o prazo de cumprimento de pena para a progressão de regime prisional, o projeto ainda determina que a pena aplicada aos crimes hediondos seja inicialmente cumprida em regime fechado. A proposição pretende aumentar o rigor da administração da pena em casos considerados mais graves pela lei penal, seguindo os critérios estabelecidos pela Lei n. 8.072, de 1990, mas de forma compatível com o princípio constitucional de individualização da pena, tal como interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente, no julgamento do Habeas Corpus n. 82.959 (...). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0F8E39BB75C9CB01D8F972528A5775C5.proposicoesWebExterno1?codteor=382965&filename=Tramitacao-PL+6793/2006>. Acesso em: 28 mar. 2018.

individualização da pena com o estabelecimento de um regime prisional mais gravoso para os crimes hediondos⁷²⁶.

Após a entrada em vigor da Lei 11.464/2007, o STJ passou a aplicar sistematicamente a regra segundo a qual o regime inicial para condenados por crimes hediondos deveria ser obrigatoriamente fechado⁷²⁷. Também o STF registrava precedentes no sentido da legitimidade da obrigatoriedade de aplicação do regime inicialmente fechado para condenados por crimes hediondos⁷²⁸. Embora o STJ tenha reconhecido que a nova lei (mais gravosa) não poderia retroagir para atingir fatos praticados anteriormente à sua vigência⁷²⁹, o STF, em surpreendente decisão da 2ª Turma, tomada com a presença de apenas três Ministros (Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso), afirmou que a nova lei, embora mais gravosa, poderia atingir os fatos criminosos praticados anteriormente à sua vigência⁷³⁰.

⁷²⁶ O relatório aprovado pela CCJ conta com a seguinte fundamentação: “Verifica-se, pois, que a decisão da Suprema Corte buscou garantir plena eficácia ao preceito constitucional da individualização da pena. Tal princípio não é apenas formal, mas pressupõe uma efetiva possibilidade de progressão e regressão para todos os condenados, seja por crime hediondo, seja por crime comum. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, os prazos para a progressão de regime para condenados por crimes hediondos ou equiparados passaram a ser os mesmos previstos para os crimes comuns. Considerando a necessidade de se compor duas demandas constitucionais – de um lado, a individualização da pena (art. 5º, LXVI), reafirmada pela decisão, e de outro, o maior rigor a ser conferido aos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 5º, XLIII) – o Poder Executivo elaborou projeto que dobra os prazos para a progressão de regime nos crimes hediondos, mantendo íntegras, contudo, as três fases de execução da pena. Além disso, procurou-se consolidar um entendimento recorrente no STF, retirando da lei a proibição de concessão de liberdade provisória, posto que a prisão antes da condenação tem caráter processual, não de antecipação da pena, e, desta forma, não pode ser decretada com base na gravidade do delito antes de sentença condenatória transitada em julgado. O PL tem o mérito de, equilibradamente, cumprir uma decisão do Supremo Tribunal Federal, homenageando o princípio da individualização da pena, conferindo maior rigor na execução das penas decorrentes de crimes considerados hediondos pela legislação penal”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0F8E39BB75C9CB01D8F972528A5775C5.proposicoesWebExterno1?codteor=428159&filename=Tramitacao-PL+6793/2006>. Acesso em: 28 mar. 2018.

⁷²⁷ O STJ firmou o entendimento de que o condenado por crime hediondo ou equiparado, praticado a partir da vigência da Lei 11.464/07, deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. V., a propósito, REsp 1133664, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 15.04.2010; HC 149.933/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 02.03.2010.

⁷²⁸ V., por todos, STF, HC 91360, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 13.05.2008.

⁷²⁹ STJ, HC 151.268, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 20.04.2010. No mesmo sentido: “A previsão constante da Lei n.º 11.464, de 28/03/2007, a qual estabelece, em seu art. 1º, o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado independentemente do quantum de pena aplicado – por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu” (STJ, HC 53.506, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 18.02.2010).

⁷³⁰ O precedente foi assim resumido: “Era perfeitamente compatível com a Constituição Federal a vedação da progressão do regime de cumprimento da pena quando da condenação por prática de crime hediondo ou a ele equiparado. Daí a consideração de que o tema referente ao regime de cumprimento da pena corporal ser apenas um dos aspectos relativos à execução penal, perfeitamente adequado à realidade dos crimes reputados mais danosos à sociedade, em postura normativa perfeitamente coerente com a finalidade retributiva da pena. 5. Sobreveio a Lei n.º 11.464/07 que alterou a redação do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, ao prever que a pena por crime hediondo ou a ele equiparado será cumprida em regime inicialmente fechado. Diante da nova redação, deverão ser cumpridos os requisitos e condições impostas, mesmo em relação às pessoas que praticaram condutas

A 1ª Turma do STF, por outro lado, seguiu a posição firmada pelo STJ no sentido de que a imposição de cumprimento da pena em regime inicial obrigatoriamente fechado, bem como a exigência do cumprimento de um terço da pena para obtenção da progressão, estabelecidas pela Lei 11.464/2007, não poderiam retroagir⁷³¹. Alguns meses depois daquele precedente da 2ª Turma aplicando retroativamente a Lei 11.464/2007 (mais gravosa) para impor o regime inicial obrigatório para fatos anteriores à sua vigência, a mesma 2ª Turma se alinhou à diretriz afirmada pela 1ª Turma, reconhecendo que a regra somente poderia ser aplicada para fatos praticados após a sua vigência⁷³².

Apesar da divergência inicial sobre a aplicação retroativa da Lei 11.464/2007, havia um consenso inicial quanto à necessidade de cumprimento da pena em regime inicialmente fechado para os condenados por crimes hediondos praticados após a entrada em vigor dessa nova lei⁷³³. Apenas após mais de cinco anos de vigência da lei, o Plenário do STF voltou a discutir o tema em 2012 e declarou incidentalmente e com efeito *ex nunc* a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”⁷³⁴.

O STF não reconheceu a inconstitucionalidade com base no simplório (e equivocado) argumento de que as reações legislativas às decisões que declaram a inconstitucionalidade de disposições legais seriam inconstitucionais pelo simples fato de pretenderem, em alguma medida, superar a compreensão sobre o sentido da Constituição expressada nessas decisões. Não se rejeitou, assim, a possibilidade de diálogo institucional em torno do modo como o

criminosas em época anterior à nova ordem jurídica instaurada sobre o tema. 6. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, estabelecendo que o regime de cumprimento da pena será o inicialmente fechado, admitindo-se a progressão do regime prisional desde que atendidos os requisitos do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07” (STF, RE 552545, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 14.10.2008).

⁷³¹ O precedente afirmou o seguinte: “Relativamente aos crimes hediondos e equiparados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, como no caso em apreço, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica” (STF, HC 98679, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 10.08.2010).

⁷³² STF, HC 95662, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 14.04.2009.

⁷³³ STF, HC 103011, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 24.08.2010; STF, HC 99406, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 24.08.2010; STF, RHC 108011, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 06.09.2011.

⁷³⁴ STF, HC 111840, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 27.06.2012.

princípio da individualização da pena deveria ser entendido ou aplicado na ordem jurídica brasileira⁷³⁵. A inconstitucionalidade foi afirmada, mais uma vez, com base no fundamento de que esse modo particular de concretização do princípio da individualização da pena – obrigando os juízes a aplicar o regime inicialmente fechado para todos os condenados por crimes hediondos – não seria admitido pela Constituição.

O voto do Ministro Dias Toffoli, relator do caso, argumentou que “[s]e a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado”. O Ministro lembrou, ainda, que em 2010, o STF havia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação por crime de tráfico de entorpecentes. E entendeu que, considerando tal decisão, “não se poderia, em hipótese de tráfico de entorpecentes, sustentar a cogência absoluta de que o cumprimento da reprimenda carcerária decorrente da prática do crime de tráfico se dê em regime inicialmente fechado, tal como preconizado no art. 1º da Lei nº 11.464/07”. Para o Ministro Relator, deve-se “considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei nº 8.072/90. Dentre elas não se encontra nenhuma

⁷³⁵ É amplamente aceita no Brasil a tese sustentada por Rodrigo Brandão de que o STF não possui a última palavra nem o monopólio sobre a interpretação da Constituição. V., sobre o tema, BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. V., no mesmo sentido, PULIDO, Carlos Bernal, En Torno a la Legitimidad de la Jurisdicción Constitucional y la Objetividad en el Control de Constitucionalidad de las Leyes, *Rev. Derecho del Estado*, n. 7, 1999, p. 131. Essa ordem de ideias já foi incorporada, mais recentemente, à jurisprudência do STF: “Da análise dos retromencionados arestos, e da postura institucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (i) o Tribunal não subtrai ex ante a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário, (ii) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição, e (iii) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, inexistente, descritivamente, qualquer supremacia judicial nesta acepção mais forte. Por outro lado, do ponto de vista prescritivo, tampouco se afigura desejável pugnar pela impossibilidade de definitividade da interpretação da Constituição pelo STF. Isso porque endossar compreensão que interdicte tout court ou dificulte sobremodo a prerrogativa de o legislador proceder, sponte sua, a correções de jurisprudência da Corte seria extremamente antidemocrático, amesquinhando a própria capacidade da política ordinária de se autocorrigir. É prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...)” (STF, ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 01.10.2015).

que verse sobre a obrigatoriedade de imposição do regime extremo para o início de cumprimento da pena.”

A Ministra Rosa Weber acompanhou o voto do Ministro Dias Toffoli, sob o fundamento central de que o dispositivo legal *“está eivado de inconstitucionalidade, enquanto obriga, determina a fixação do regime fechado para o cumprimento da pena sem permitir que o magistrado, sopesando as circunstâncias do caso concreto, possa decidir ou impor um regime diverso”*. Para ela, *“a situação é a mesma da imposição de pena padrão, essa imposição de regime, em abstrato, de cumprimento, e, por essa razão, ferido o direito e a garantia fundamental de individualização da pena pelo magistrado”*. Exatamente na mesma linha, a Ministra Cármen Lúcia entendeu que a violação ao princípio da individualização da pena residiria na circunstância de que o legislador não teria permitido ao juiz verificar, em cada caso, o regime prisional adequado. O Ministro Ricardo Lewandowski, além de apontar a ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição porque impedia que *“o juiz individualizasse a pena, ou seja, aplicasse a pena ao caso concreto, tendo em vista as circunstâncias pessoais do réu”*, enxergou na Lei 11.464/2007 violação ao princípio da proporcionalidade, já que ela impor o regime inicialmente fechado também para o réu que recebesse pena inferior a quatro anos.

O Ministro Luiz Fux, primeiro a divergir e reconhecer a constitucionalidade da regra que impunha regime inicial fechado para os crimes hediondos, retomou fundamentos já utilizados pelos votos vencidos nos dois julgamentos anteriores e que podem ser assim resumidos: (i) o Judiciário deveria manter uma postura de autocontenção em relação ao legislador criminal – *“em regra, o Judiciário, nesse campo, tem que ter uma postura minimalista de respeitar a opção do legislador ordinário, porque num Estado Democrático de Direito a supremacia é do Parlamento, não é a supremacia judicial”*; (ii) a Constituição teria imposto a necessidade de imprimir tratamento mais severo para o crime de tráfico de drogas – *“na própria Constituição, o constituinte originário estabeleceu que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas”* e *“a lei não é inconstitucional, muito pelo contrário, ela atende a esse reclamo constitucional de dar um tratamento especial ao crime de tráfico de drogas”*; e (iii) a mesma lógica que informaria a legitimidade da opção do legislador de impor, por exemplo, o regime fechado para quem recebe pena superior a oito anos também daria suporte à opção do legislador de impor o regime inicialmente fechado para o delito de tráfico de entorpecentes.

Os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa acompanharam a divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux e acrescentaram que, caso declarasse a inconstitucionalidade da norma, o STF estaria contribuindo para o esvaziamento da Lei de Drogas e para a banalização do crime de tráfico de drogas. O voto do Ministro Joaquim Barbosa retomou o argumento de que *“questões de política criminal devem permanecer sob a esfera exclusiva de decisão dos poderes politicamente constituídos”* e que não caberia ao STF afirmar se a política criminal é boa ou ruim, sob pena de violação ao princípio democrático⁷³⁶. Retomando a posição defendida pelo Ministro Celso de Mello em 1992 no sentido de que o parâmetro de controle material das leis penais deveria ser reduzido às regras constitucionais expressas, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou que *“o legislador é o órgão constitucionalmente competente, e eleito democraticamente pelo povo brasileiro, para estabelecer qual será a política criminal de tratamento dos crimes hediondos, sendo vedadas, tão-somente, as penas proscritas pela Constituição (pena de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis) – art. 5º, XLVII”*.

Com sete votos pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, o STF reforçou a afirmação da relevância constitucional do princípio da individualização da pena⁷³⁷. O caso era substancialmente mais complexo do que aquele em que se discutia a constitucionalidade da imposição do regime integralmente fechado para os crimes hediondos. Aqui, como ressaltou o Ministro Marco Aurélio, o legislador admitia expressamente a progressão de regime, mas estabelecia o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado. No julgamento, teve maior peso na formação da corrente majoritária o precedente que afirmou a inconstitucionalidade da substituição da pena de prisão por restritiva de direito para o delito de tráfico de drogas do que aquele por meio do qual se afirmou a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime. *Primeiro*, porque a Lei 11.464/2007 não vedada a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos. *Segundo*, porque, no julgamento que declarou a inconstitucionalidade da versão originária do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, os princípios da humanização da pena e da sua função de ressocialização

⁷³⁶ Essa tentativa de distinguir as esferas de legitimidade externa (crítica social ou científica) do direito penal e de legitimidade interna (jurídica em sentido estrito) é comum tanto na doutrina como na jurisprudência comparada. A título de exemplo, o Tribunal constitucional da Espanha afirmou que “uma solução hipotética rejeitando uma lei criminal questionada nada mais diz ou nada menos que sua sujeição à Constituição, sem implicar, portanto, qualquer outro tipo de avaliação positiva sobre ela” (TCE, STC 59/2008, de 14 de maio).

⁷³⁷ Essa era a posição majoritariamente defendida na doutrina brasileira. V, por todos, KARAM, Maria Lúcia. Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade e supremacia da ordem constitucional. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 312-313.

compuseram o arsenal argumentativo dos votos que formaram a corrente majoritária. *Terceiro*, porque os votos vencidos no julgamento que declarou a inconstitucionalidade da imposição do regime inicial fechado traziam para o debate o argumento de que já existem dispositivos na ordem jurídica brasileira que também estabelecem restrições à imposição de regime prisional mais benéfico (o regime aberto, por exemplo, não pode ser cominado ao réu reincidente) ou determinam o regime prisional fechado (*e.g.*, quando a pena superar o patamar de oito anos).

Em síntese, o STF mostrou uma tendência bastante clara de rejeitar a possibilidade de o legislador criar um subsistema punitivo, relativamente à fixação do regime prisional de cumprimento da pena, para os delitos contidos no inciso XLIII do art. 5º da Constituição (tráfico de entorpecentes, tortura e crimes hediondos). Há um regime geral de regime de cumprimento das penas e da substituição da pena de prisão por restritiva de direitos contido no Código Penal. E o STF demonstrou que não admitira a criação de um novo regime para aquele grupo de delitos. O fundamento jurídico-normativo que teve maior centralidade na construção dessa diretriz jurisprudencial foi o princípio da individualização da pena. Porém, sempre esteve presente, em maior ou menor grau, a ideia de que o inciso XLIII do art. 5º da Constituição afastou a fiança, a graça e a anistia para o tráfico de entorpecentes, a tortura e os crimes hediondos, mas não admitiria outras restrições de direitos fundamentais nesse campo.

4.1.4 Opção legal de imputar a qualidade de hediondo ao crime de tráfico privilegiado

A Constituição estabeleceu no art. 5º, inciso XLIII, que “*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*”. O dispositivo constitucional delegou ao legislador a tarefa de definir os crimes hediondos, seja por meio do estabelecimento de critérios legais para o enquadramento de um delito na categoria dos crimes hediondos, seja pela simples criação de uma lista de delitos que receberiam essa qualificação. O Congresso Nacional optou, por meio da aprovação da Lei 8.072/1990, por criar uma lista de crimes que receberiam essa característica, sem estabelecer critérios legais que guiassem essa atividade de imputação da natureza hedionda aos delitos. Embora o dispositivo constitucional procure estabelecer certa equivalência em termos de gravidade dos delitos agrupados no inciso XLIII do art. 5º, novas leis (Leis 9.695/1998, 13.142/2015 e 13.497/2017) foram incluindo novos delitos na lista original de crimes hediondos criada pela versão originária

da Lei 8.072/1990, cada vez mais distantes do parâmetro de gravidade dos delitos de tortura, terrorismo e de tráfico de drogas.

Embora a constitucionalidade dessas leis não tenha sido contestada no STF, a inclusão do delito de tráfico de drogas – para alguns, hediondo por determinação direta da Constituição (art. 5º, inciso XLIII) – na lista de crimes hediondos se tornou especialmente problemática a partir do momento em que a própria Lei de Drogas criou a figura do tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006). Isso porque, tendo o legislador criado essa espécie de “tráfico privilegiado” – que estabelece uma redução de um sexto a dois terços para o tráfico praticado por agente primário, de bons antecedentes e que não integre organização criminosa –, se passou a questionar a legitimidade da manutenção do caráter hediondo dessa forma menos gravosa do delito de tráfico de drogas. A doutrina passou a argumentar que o tratamento mais benéfico dado a esse tipo privilegiado de tráfico tinha como pressuposto a menor gravidade e reprovação da conduta, o que não seria compatível com a sua caracterização como crime hediondo⁷³⁸.

O STF já tinha reconhecido, no ano de 2010, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito para o delito de tráfico de drogas⁷³⁹. Também já havia reconhecido a inconstitucionalidade, no ano de 2012, da imposição obrigatória do regime inicial fechado para os crimes hediondos (entre eles o tráfico de drogas). Contudo, continuava a ter relevância a imputação da qualidade de hediondo ao delito de tráfico privilegiado, já que a Lei 8.072 estabelecia condições mais rigorosas para a progressão de regime (exigindo o dobro do tempo em relação aos crimes comuns), a necessidade de decisão fundamentada para a interposição de apelação em liberdade e a elevação do tempo de prisão temporária para 30 dias (§§ 2º, 3º e 4º do art. 2º da Lei 8.072/1990). A principal consequência prática da qualificação do crime de tráfico privilegiado como hediondo era o aumento do rigor para a progressão de regime (§ 2º do art. 2º), já que a própria Lei de Drogas teria excluído do parágrafo único do seu art. 44 o tráfico privilegiado dos crimes que exigiriam o cumprimento

⁷³⁸ V., por todos, COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. Considerações sobre algumas inovações típicas da lei nº 11.343/06. *Boletim dos procuradores da república*, v. 9, n. 75, p. 11-13, jul. 2007; CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. A organização criminosa da Lei 12.850/2013 e a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006: novatio legis in mellius? *Boletim IBCCrim*, v. 22, n. 265, p. 16-17, dez. 2014.

⁷³⁹ STF, HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 01.09.2010.

de dois terços da pena para a obtenção de livramento condicional (art. 83, V, do Código Penal)⁷⁴⁰.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou uma diretriz jurisprudencial de que essa forma privilegiada de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não retirava do delito a sua hediondez⁷⁴¹. Entendeu-se que sequer seria correto empregar o termo “privilegiado” para caracterizar o tráfico praticado nas circunstâncias especificadas nesse dispositivo legal, pois o legislador teria apenas criado uma causa de diminuição de pena, e não uma forma privilegiada (tipo penal derivado) do delito de tráfico de drogas⁷⁴². Assim, a jurisprudência do STJ passou a afirmar que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não seria suficiente para provocar o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não haveria a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no *caput* do mesmo artigo, não sendo, portanto, o “tráfico privilegiado” um tipo autônomo⁷⁴³.

Depois de manter pacífica essa diretriz jurisprudencial por alguns anos, o STJ reafirmou, sob o rito dos recursos repetitivos e por unanimidade, o entendimento de que “[a] aplicação

⁷⁴⁰ A esse respeito, o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 118.533: “No que se refere ao livramento condicional, o parágrafo único do já mencionado art. 44 da Lei 11.343/06 é expresso ao estabelecer que o regime mais severo é aplicável aos crimes mencionados em seu caput: ‘Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.’ Relembre-se que o § 4º do art. 33 não é mencionado no caput do dispositivo. Logo, a regra mais gravosa quanto ao livramento condicional não se aplica” (HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 23.06.2016). Apesar disso, registre-se que o STJ entendia que a hediondez do tráfico privilegiado teria como consequência a elevação do tempo de prisão exigido para a obtenção do livramento condicional (HC 199.507, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 02.08.2011).

⁷⁴¹ STJ, HC 180.177, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 02.12.2010. No mesmo sentido: “A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime” (STJ, REsp 1248855, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 28.06.2011).

⁷⁴² A propósito, o voto do Ministro Og Fernandes: “A Lei n. 11.343/06 previu, em seu arcabouço normativo, a possibilidade de se impor diminuição na pena fixada para o tráfico de drogas quando o agente ou traficante for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Tal circunstância, porém, não retira a natureza hedionda do crime. Na realidade, objetivou-se, com essa possibilidade de diminuição, distinguir o pequeno do grande traficante ou o eventual (como por exemplo, aquela pessoa que é paga para transportar, de um local para outro, determinada quantidade de droga no próprio corpo, vulgarmente conhecido como “mula”) do contumaz (“dono de uma boca de fumo”), o que se adequou, diga-se de passagem, ao princípio da individualização da pena. O resultado disso, na expressão do impetrante, redundou no que chamou de “tráfico privilegiado”, o que não é propriamente correto porque nos crimes privilegiados – modalidade existente nos chamados tipos penais derivados – a lei agrega circunstâncias ao tipo básico e fundamental, a fim de torná-los menos graves e, relativamente a este aspecto, entendo que o tráfico ilícito ainda permanece carregado de sua expressiva gravidade” (STJ, HC 180.177/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 02/12/2010).

⁷⁴³ STJ, HC 219.960/MS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Sexta Turma, j. em 22/11/2011.

da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime”⁷⁴⁴.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal acompanhou o entendimento do STJ de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afastaria a hediondez do delito, sob o fundamento de que essa causa de diminuição da pena teria sido *“estabelecida não porque o legislador entendeu que a conduta, nos casos em que verificados aspectos favoráveis ao réu, seria menos grave, mas, sim, por razões de política criminal, pensando-se em beneficiar o pequeno traficante*”⁷⁴⁵. Nesse precedente firmado pela 2ª Turma, ficaram vencidos os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, que concediam o *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União sob o fundamento de que o denominado tráfico privilegiado não poderia ser equiparado aos crimes hediondos⁷⁴⁶.

A 1ª Turma do STF também manteve a orientação jurisprudencial do STJ, sob o fundamento de que a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não teria retirado *“o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior*”⁷⁴⁷. Acresceu a esse fundamento mais ligado à dicção literal da lei, o fundamento de que *“o reconhecimento da progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, pelo afastamento da hediondez do crime, desprezando-se as*

⁷⁴⁴ STJ, REsp 1329088, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. em 13.03.2013.

⁷⁴⁵ STF, HC 118351, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 19.11.2013.

⁷⁴⁶ O Ministro Celso de Mello afirmou nesse julgamento da 2ª Turma o seguinte: “A mim me parece que, sob a perspectiva da política criminal, é evidente a intenção que decorre objetivamente do texto normativo de dispensar um tratamento diferenciado ao pequeno traficante, uma vez que são estendidos a ele certos benefícios absolutamente incompatíveis com o caráter hediondo ou, por equiparação legal, dos delitos objetivamente mais graves. O Supremo Tribunal Federal chegou até mesmo a declarar a inconstitucionalidade parcial desse texto normativo ao permitir que, mesmo no que concerne ao ‘tráfico privilegiado’, se proceda à conversão da pena privativa de liberdade e pena restritiva de direitos, e também autorizando uma substancial redução no *quantum* da pena privativa de liberdade ao permitir uma causa especial de diminuição de pena, que pode chegar até a 2/3. É evidente, a mim me parece, que muito mais do que a ‘mens legislatoris’, a própria ‘mens legis’, quer dizer, aquilo que decorre objetivamente do texto normativo, vale dizer, a intenção de se dispensar um tratamento diferenciado, menos rigoroso, a quem? Ao pequeno traficante”.

⁷⁴⁷ STF, HC 114452 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 16.10.2012. No mesmo sentido, V. HC 114762, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 25.11.2014.

frações de 2/5, se primário, e de 3/5, se reincidente, previstas na Lei de Drogas, constituirá incentivo a que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que permanecerão presas”.

A jurisprudência do STF se manteve nessa direção até junho de 2015, quando o Plenário do STF começou a discutir o tema sobre a possibilidade de enquadrar o tráfico privilegiado como crime hediondo. Ao final do julgamento, o STF, por ampla maioria, vencidos apenas os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio, alterou sua jurisprudência para afirmar que *“o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos”*⁷⁴⁸. Para a Relatora, a Ministra Cármen Lúcia, *“a própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente”*.

Já o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a própria Lei de Drogas fez a opção de não tratar como hediondo o tráfico cometido nas circunstâncias previstas no art. 33, § 4º, da Lei 11.313/2006 ao estabelecer no seu art. 44 que *“[o]s crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”*, deixando de fora *“tanto o já mencionado art. 33, § 3º – oferecimento para consumo conjunto – quanto o art. 33, § 4º – tráfico privilegiado”*. E prosseguiu afirmando que essa opção legislativa seria legítima porque *“a Constituição dá ao legislador algum espaço para retirar do âmbito dos crimes hediondos algumas condutas de transação ilícita com drogas”*. Mesmo considerando que o crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não constitui crime autônomo – verdadeiro crime privilegiado, portanto –, reafirmou que *“caso o objetivo fosse tratar o tráfico privilegiado como crime hediondo, o art. 44 mencionaria o § 4º do art. 33”*, o que implica reconhecer que o próprio *“o legislador excluiu o tráfico privilegiado do tratamento dado aos crimes hediondos”*.

⁷⁴⁸ STF, HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 23.06.2016.

O Ministro Edson Fachin acompanhou o voto da Ministra Cármen Lúcia sob o fundamento de que “*o legislador não desejou incluir o tráfico minorado no regime dos crimes equiparados a hediondos, tampouco nas hipóteses mais severas de concessão de livramento condicional, caso contrário, o teria feito de forma expressa e precisa*”. Além disso, afirmou que a baixa gravidade do crime (averiguado pela quantidade mínima da pena) seria incompatível com o tratamento equiparado a hediondo, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade, verificado a partir de um juízo de incompatibilidade da imputação da qualidade de hediondo a essa hipótese privilegiada de tráfico com outras normas que compõem o sistema punitivo em que essa norma se insere⁷⁴⁹.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski trouxe ao debate outras considerações que se somaram aos outros fundamentos já defendidos por outros Ministros: (i) a degradação do sistema penitenciário brasileiro revelado pela decisão do STF que o considerou como um “estado de coisas inconstitucional”; (ii) o impacto desproporcional da criminalização do tráfico de drogas sobre as mulheres – “*68% das mulheres que estão em situação de privação de liberdade (e hoje já, lamentavelmente, somos a quinta maior população do planeta levado em conta o número de mulheres presas) estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico*”; (iii) a forte associação entre o desemprego, a pobreza e o crescimento do tráfico de drogas, contexto em que novamente o recorte de gênero mostra a injustiça desse processo de criminalização – “[m]uitas participam como simples

⁷⁴⁹ A desproporcionalidade da manutenção da hediondez dessa forma privilegiada foi assim apresentada pelo Ministro Edson Fachin: “Verifico que, na hipótese de aplicação da minorante em grau máximo, como bem registrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a pena mínima possível equivale a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão. Referida reprimenda sequer ultrapassa o patamar estabelecido como marco definidor de infrações de menor potencial ofensivo, caracterizadas por pena máxima não superior a 02 (dois) anos (art. 61, Lei 9.099/95). Da mesma forma, essa pena não impediria a substituição (art. 44, CP), e, salvo motivação idônea (Súmulas 718 e 719/STF), recomendaria a fixação de regime inicial aberto. Além disso, sob a ótica da pena mínima cominada, se aplicável o procedimento comum previsto no CPP, não se exigiria rito processual de maior robustez (art. 394, CPP). Ademais, a pena mínima não preenche o pressuposto autorizador da prisão preventiva previsto no art. 313, I, CPP. Na fase da execução, o tempo mínimo de pena não configuraria óbice à suspensão condicional (art. 156, LEP) ou ao livramento condicional (art. 83, CP). Não bastasse, cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não é equiparado a hediondo. Ou seja, afirmar que o tráfico minorado é hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual, a escancarar que tal inferência consubstanciaria violação aos limites que regem a edição legislativa penal. É óbvio que não se cuida de atribuir ao tráfico minorado o caráter de infração de menor potencial ofensivo, ou de afirmar que o tempo de pena confere, ipso facto, direito subjetivo aos benefícios listados. Trata-se, tão somente, de, sob o prisma da quantidade mínima de pena, signo a traduzir, por excelência, a gravidade do crime e a extensão da necessidade de punição penal, extrair que o tratamento equiparado a hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade. Isso porque, sob todos os ângulos elencados, o ordenamento jurídico confere ao delito de tráfico minorado, segundo a perspectiva da quantidade de pena, tratamento que não se coaduna com a agressividade ínsita à hediondez por equiparação”.

“correios” ou “mulas”, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica”. Ao final do seu voto, o Ministro Lewandowski assim resumiu esses fundamentos que o conduziam a afirmar a desproporcionalidade da imputação da qualidade de hediondo ao tráfico privilegiado:

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.

O Ministro Luís Roberto Barroso situou esse debate no contexto de uma progressiva evolução da jurisprudência do STF no sentido de atenuar o rigor da resposta penal que resultou da concretização legislativa da equiparação constitucional do crime de tráfico aos crimes hediondos: (i) primeiro, o STF considerou ilegítima a exigência de regime inicial necessariamente fechado para todos os crimes hediondos; (ii) segundo, o STF considerou inconstitucional a proibição de aplicação de pena restritiva de direito ao crime de tráfico de drogas; e (iii) terceiro, o Tribunal considerou inconstitucional o impedimento à liberdade condicional nestes casos. Em seu voto, sugeriu, ainda, que esses precedentes estariam associados a duas questões de extrema relevância: (i) *“o fracasso da guerra às drogas, mediante exacerbação do Direito Penal, que hoje é uma constatação mundial”*; e (ii) *“a situação do hiperencarceramento, que aflige a todos nós que vivemos no Brasil”*. Percebe-se, nesse voto, o peso da “virada pragmática” no controle de constitucionalidade das leis penais no Brasil proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Os votos vencidos – proferidos pelos Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Dias Toffoli – transitaram entre argumentos de deferência ao legislador criminal⁷⁵⁰, de determinação constitucional obrigatória de um tratamento mais rigoroso para o crime de tráfico de drogas⁷⁵¹,

⁷⁵⁰ Nessa linha, o voto do Ministro Marco Aurélio: “Recuso-me a considerar que um delito pode ser privilegiado. Trata-se de apelido dado pela jurisprudência. Não existe crime privilegiado. No caso do tráfico ilícito de entorpecentes, há causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Houve opção normativa, pelos legisladores, pelo Congresso Nacional, partindo da premissa de que o tráfico é crime causador de muitos delitos. Chegou-se a rigor maior quanto ao tráfico de entorpecentes”.

⁷⁵¹ A esse respeito, o voto do Ministro Luiz Fux: “Quando nós votamos, nós observamos que ambas as Turmas do Supremo tinham o entendimento de que efetivamente não se poderia excluir essa categorização jurídica do tráfico

e, por fim, de ordem pragmático-intuitivas de que um tratamento mais brando constituiria um incentivo para a prática da conduta criminosa⁷⁵².

O STJ incorporou a nova orientação jurisprudencial do STF, afastando a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas⁷⁵³. Em razão disso, passou a entender não apenas que não há óbice à concessão de indulto e de comutação (espécie de indulto parcial) aos condenados por tráfico privilegiado⁷⁵⁴, mas também, principalmente, que não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco para a progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006⁷⁵⁵.

4.1.5 Vedação legal à concessão de suspensão condicional da pena aos crimes submetidos à competência de Justiça Militar

O princípio constitucional da individualização da pena já tinha sido utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento central para a declaração da inconstitucionalidade da imposição legal de regime integralmente fechado para os crimes hediondos, da inconstitucionalidade da imposição legal obrigatória de regime inicialmente fechado para crimes hediondos e da inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas. Agora voltaria a ser o

privilegiado, porque o tráfico privilegiado não é uma figura legal, ele é uma figura doutrinária. Então, o que está se operando, na verdade - e até Vossa Excelência traz esses dados impressionantes -, é uma certa mutação constitucional, porque o artigo é claro: a Lei considera inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Está previsto na Constituição. Então, há de surgir uma explicação que altere esse núcleo da Constituição Federal, que, por uma opção do constituinte originário, fez incidir, sobre o tráfico de drogas, uma grande preocupação, a ponto de categorizá-lo como um crime hediondo”.

⁷⁵² Nesse sentido, o voto do Ministro Dias Toffoli: “A aplicação da causa de redução da pena do § 4º do art. 33 parece que já ficou de bom tamanho para o caso concreto, embora o que nós estejamos, aqui, a julgar, é a tese. Mas, só para dar um exemplo do pano de fundo... Por quê? Qual é a preocupação que eu gostaria de manifestar? É que, ao se afastar a hediondez desse, popularmente chamado, tráfico privilegiado, tecnicamente uma causa de redução da pena, nós faremos com que, cada vez mais, as organizações criminosas procurem pessoas com bons antecedentes e atraiam, muito provavelmente com oferecimento de valores razoáveis, para que elas corram o risco de se aventurar no ilícito e de se iniciar no ilícito. Porque uma carreta de setecentos e setenta e dois quilos de maconha, com batedor, só pode ser algo de uma organização criminosa. Não é algo aleatório, não é uma carga que uma pessoa vai consumir, não é algo isolado. Então, minha preocupação é - ao se afastar a hediondez para o tráfico privilegiado, com a causa de redução da pena do § 4º do art. 33 - estimular as organizações criminosas a agregar cada dia mais pessoas à organização criminosa”.

⁷⁵³ STJ, HC 370.687, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. em 18.10.2016; STJ, HC 363.677, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 13.09.2016.

⁷⁵⁴ STJ, HC 426.566/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 06.02.2018.

⁷⁵⁵ STJ, HC 408.072/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 05.12.2017.

parâmetro de controle da constitucionalidade da vedação à suspensão condicional da pena⁷⁵⁶ imposta aos militares condenados pela prática de deserção. A jurisprudência do STF firmou o entendimento de que era legítima a opção da Lei 9.839/1999 de afastar do processo penal militar as medidas despenalizadoras contidas na Lei 9.099/1995⁷⁵⁷. Os precedentes reconheciam que *“ao processo por crime militar praticado após o início de vigência da Lei nº 9.839/99, que acrescentou o art. 90-A à Lei nº 9.099/95, não se admite proposta de suspensão condicional”*⁷⁵⁸.

Na primeira oportunidade em que o Plenário do STF enfrentou a controvérsia sobre a constitucionalidade da vedação à suspensão condicional da pena imposta aos militares condenados pela prática de deserção⁷⁵⁹, o Tribunal se dividiu: cinco votos entendiam a vedação inconstitucional e outros cinco reconheciam a sua constitucionalidade. Diante do empate, a

⁷⁵⁶ A suspensão condicional da pena evita a execução da pena privativa de liberdade de curta duração e os efeitos nocivos do encarceramento, com base no cumprimento de certas condições previstas em lei. Prevista no art. 77 do Código Penal, ela prevê que a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 anos, poderá ser suspensa, por 2 a 4 anos, desde que o condenado não seja reincidente em crime doloso, e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício, e não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal. Nos termos do Código Penal, durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. No primeiro ano do prazo, o condenado deve prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana, a menos que, se houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz substitua essa exigência pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. A sentença pode, ainda, especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

⁷⁵⁷ Os precedentes afirmavam a legitimidade dessa opção legislativa e reconheciam a impossibilidade de retroação dessa regra (menos favorável): “A Lei n 9.839, de 27.9.1999, que acrescentou o art. 90-A à Lei n 9.099/95 - estabelecendo que as disposições desta última não se aplicam no âmbito da Justiça Militar - não é de ser observada, quanto aos crimes ocorridos antes de sua vigência, pois, embora se trate de inovação processual, seus efeitos são de direito material e prejudicam o réu (art. 5, XI, da Constituição Federal). Precedente: H.C. n 79.390. 3. No caso, o paciente está sendo processado pela prática do delito previsto no art. 254 do C.P.Militar (receptação), ocorrido a 09 de junho de 1999, antes da vigência da Lei nº 9.839, de 27.09.1999, quando em vigor, ainda, a Lei mais benigna (nº 9.099/95). 4. Recurso ordinário provido para se deferir o “Habeas Corpus”, ou seja, para que se observem no processo instaurado contra o paciente, ora recorrente, as normas da Lei nº 9.099/95, inclusive as do art. 89. (STF, RHC 80907, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, j. em 29.05.2001. No mesmo sentido: “cabe insistir na asserção de que a suspensão condicional do processo - por qualificar-se como instituto de direito material, eis que se reveste de eficácia extintiva da punibilidade - permite que se identifique, no art. 89 da Lei no 9.099/95, um preceito normativo de caráter benéfico, necessariamente aplicável, enquanto ‘lex mitior’ (CF, art. 5º, XL), a qualquer situação jurídico-penal que se ajuste aos pressupostos instituídos pelo diploma legislativo em questão, mesmo que a aplicabilidade desse estatuto (Lei no 9.099/95) tenha sido expressamente afastada pela edição superveniente da Lei no 9.839/99” (STF, HC 80971, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 05.02.2002.

⁷⁵⁸ STF, HC 86444, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 02/06/2009.

⁷⁵⁹ O Código Penal Militar estabelece, em seu art. 88, que: “A suspensão condicional da pena não se aplica: I - ao condenado por crime cometido em tempo de guerra; II - em tempo de paz: a) por crime contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação, ou de deserção (...)”.

ordem de *habeas corpus* foi concedida, mas a tese da incompatibilidade da regra que vedava a suspensão condicional da pena deixou de ser firmada pelo Tribunal⁷⁶⁰. Nesse precedente, o Ministro Relator, Dias Toffoli, iniciou seu voto afirmando que, embora o STF reconhecesse, até então, a constitucionalidade do art. 88, I, do Código Penal Militar – CPM, os avanços da jurisprudência do Supremo em relação ao princípio da individualização da pena convidavam o Tribunal a rediscutir o tema. Assim, o Ministro considerou desproporcional a vedação *ex lege* da aplicação da suspensão condicional da pena no crime de deserção, quando praticado em tempo de paz, valendo-se, para tanto, dos fundamentos utilizados pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, do STM, no sentido de que caberia ao Judiciário “*rechaçar toda e qualquer forma padronizada de aplicação da reprimenda*”, pois, “[d]o contrário, ao adotar padrões sancionadores pré-estabelecidos, a função estatal restaria minimizada à mera adoção de regras sistêmicas para fixação de pena, sem considerar as circunstâncias judiciais, inobservando-se, por consequência, o contexto fático presente à época da conduta delitiva”. Ademais, o Ministro Dias Toffoli afirmou que “*a individualização da pena, apontada pelo Supremo Tribunal Federal como o principal fundamento da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regimes nos crimes hediondos - HC 82.959-7/SP -, tem na inaplicação (sic) do sursis nos crimes militares nominados pelo art. 88 do CPM idêntica desconformidade*”.

A divergência foi inaugurada pelo voto do Ministro Luiz Fux, que, dando prevalência à opção legislativa, reconhecia que a preponderância dos interesses da pátria e suas instituições militares constituiria justificativa válida para afastar a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais aos delitos militares. Já o Ministro Marco Aurélio defendeu uma posição da maior autocontenção do Tribunal no controle da legitimidade da norma restritiva constante do CPM, afirmando que “[o]correu uma opção político-normativa no que – tendo em conta os predicados referidos, que, repito, são caríssimos às Forças Armadas – afastou-se a suspensão condicional da pena e previu-se a necessidade de execução para que se tenha o efeito pedagógico, profilático, da pena imposta” e que o STF deveria se guiar pela máxima segundo a qual “*somente se deve declarar a desarmonia de preceito normativo com a Lei Maior, se esse conflito for evidente*”, o que não ocorreria nesse caso. Na mesma direção, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que, embora aderisse “*à posição geral do Supremo de que a lei não deva, em abstrato, impor essas limitações ao julgador*”, considerava “*que as*

⁷⁶⁰ STF, HC 113857, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 05.12.2013.

características associadas às Forças Armadas, especialmente a sua organização com base na hierarquia e na disciplina, legitimam esta opção política feita pelo legislador penal militar”.

Também o Ministro Teori Zavascki afirmou que não haveria *“incompatibilidade do texto constitucional com a legislação infraconstitucional que, facultativamente, criou uma benesse, mas a excluiu, não de forma arbitrária (...), para os condenados pela prática do crime de deserção, dentre outros”*, mas que, ao contrário, *“o que se extrai da norma é o desiderato de resguardar bens e valores que a própria Constituição erigiu como base das Forças Armadas: a hierarquia e a disciplina (CF, art. 142)”*. E prosseguiu defendendo que vedação à suspensão condicional da pena imposta aos militares condenados pela prática de deserção não ofenderia o princípio da individualização da pena⁷⁶¹.

O Ministro Gilmar Mendes, ao acompanhar o voto do Relator, afirmou que o reconhecimento da violação ao princípio da individualização da pena não resultaria na imposição obrigatória da suspensão condicional do processo ou da suspensão condicional da pena, mas apenas possibilitaria a sua aplicação, segundo a prudência confiada à própria Justiça Militar. Por fim, o Ministro Joaquim Barbosa, que até então vinha adotando postura de maior autocontenção no controle de constitucionalidade de leis penais, acompanhou a posição do Ministro Dias Toffoli por entender que se estava construindo *“uma verdadeira linhagem jurisprudencial nesta Corte no sentido de não admitir, ou de entender como incompatível com a nossa ordem constitucional essas leis que proíbem, criam dificuldades a que o juiz do caso proceda à individualização da pena”*.

Como o julgamento resultou no empate, o tema teria que voltar ao Plenário para definição da controvérsia sobre a constitucionalidade da vedação à aplicação dos institutos despenalizadores (suspensão condicional do processo e da pena), o que ocorreu poucos meses após essa primeira decisão. Na oportunidade, contudo, o STF afirmou a constitucionalidade da

⁷⁶¹ “É preciso considerar, ademais, que o princípio da individualização da pena, além de se desenvolver nas fases judicial e executiva, tem contornos que podem ser definidos na fase legislativa. Assim, a previsão de benefícios para cumprimento da pena diversos da prisão é uma opção político-legislativa que, baseada em critérios políticos, sociais, econômicos, ideológicos, entre outros, estipula os requisitos necessários para que o juiz sentenciante proceda, à luz do caso concreto, à individualização da pena, tendo como referência as necessárias balizas estabelecidas pelo legislador, de modo a revelar-se, nessa fase, uma participação simultânea das funções normativa e jurisdicional, com vista à efetivação do direito penal (...). É a partir dessas premissas que se justifica a legitimidade de institutos previstos no Direito Penal que estabelecem condições e pressupostos para que o sujeito seja favorecido com benefícios criados pelo legislador ordinário. (...)”.

proibição de aplicação dos institutos da suspensão condicional do processo e da pena ao crime de deserção⁷⁶². Após o Ministro Relator, Dias Toffoli, reproduzir o voto apresentado no primeiro julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso abriu a divergência, afastando a tese da incompatibilidade da vedação à aplicação dos institutos da suspensão condicional do processo e da pena com a Constituição com base na adoção de uma postura de maior autocontenção em relação à opção legislativa⁷⁶³. O resultado final do julgamento correspondeu à proposta do Ministro Barroso. A Ministra Cármen Lúcia, que não havia participado do último julgamento sobre o tema, acompanhou a divergência para declarar recepcionado pela Constituição o inciso I do art. 88 do CP (na parte em que veda a suspensão condicional da pena para o crime de deserção)⁷⁶⁴.

A sequência de precedentes do Plenário do STF que declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos legais que se afastavam da lógica de individualização da pena foi, portanto, interrompida pela afirmação da constitucionalidade da opção do legislador de afastar do

⁷⁶² O julgamento recebeu a seguinte ementa: “Direito Penal Militar. Vedação do sursis. Crime de deserção. Compatibilidade com a Constituição Federal. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se pela constitucionalidade do tratamento processual penal mais gravoso aos crimes submetidos à justiça militar, em virtude da hierarquia e da disciplina próprias das Forças Armadas. Nesse sentido, há o precedente que cuida da suspensão condicional do processo relativo a militar responsabilizado por crime de deserção (HC n° 99.743, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Com efeito, no próprio texto constitucional, há discrimen no regime de disciplina das instituições militares. Desse modo, como princípio de hermenêutica, somente se deveria declarar um preceito normativo conflitante com a Lei Maior se o conflito fosse evidente. Ou seja, deve-se preservar o afastamento da suspensão condicional da pena por ser opção política normativa. 3. Em consequência, entende-se como recepcionadas pela Constituição as normas previstas na alínea “a” do inciso II do artigo 88 do Código Penal Militar e na alínea “a” do inciso II do artigo 617 do Código de Processo Penal Militar. 4. Denegação da ordem de habeas corpus” (STF, HC 119567, Relator: Min. Dias Toffoli, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 22/05/2014).

⁷⁶³ “Presidente, eu considero uma opção política legítima - eu não estou dizendo que boa, nem desejável - do legislador dar aos crimes militares, e especificamente à deserção, um regime jurídico próprio e tratar esse delito como insuscetível de suspensão condicional da pena. De modo que estou aplicando aqui um princípio de hermenêutica de autocontenção; tendo havido uma opção política do legislador, que não é manifestamente ilegítima, penso que o nosso papel não seja substituir a valoração do legislador processual penal pela nossa própria, ainda que eu não ache o tratamento jurídico do Código Penal Militar o mais desejável. Mas, daí a dizer que, incompatível com a Constituição, estaria revogado é um passo diferente daquele que me parece próprio dar-se aqui”.

⁷⁶⁴ “Presidente, eu vou pedir vênias ao Ministro-Relator, mas, como tenho votado, também acho que, independente de se ter como boa ou não, que não é o juízo de constitucionalidade, eu não consigo vislumbrar a inconstitucionalidade da retirada feita pelo legislador da possibilidade de se conceder o sursis automaticamente. Portanto, não vejo porque ela não teria sido recepcionada pela peculiaridade constitucional que foi atribuída ao tratamento dessa categoria, das instituições, das Forças Armadas, quer com relação à hierarquia, quer com relação à disciplina, que tem sido, realmente, o fundamento de votos em matéria específica dessa área. Eu considero, independente, portanto, das condições ou da melhor opção legislativa, não consigo vislumbrar a incompatibilidade que seria necessária para se declarar não recepcionada. E tenho também que essa peculiaridade foi atribuída e entregue ao legislador, que, portanto, pode até eventualmente alterar, mas não vejo como, pela interpretação, chegar-se a essa conclusão, com as vênias do belíssimo voto e dos argumentos - que eu até já conhecia - do Ministro Dias Toffoli.”

processo penal militar, em abstrato e aprioristicamente, as medidas despenalizadoras contidas na Lei 9.099/1995. Nesse caso, tornaram a ganhar maior relevância os argumentos de que a definição da política criminal deve ser confiada ao legislador e que a declaração de inconstitucionalidade exigiria uma ilegitimidade manifesta (próxima da auto-evidência).

O brevíssimo voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, parece ter indicado, porém, que esse precedente não estaria em contrariedade com a sólida jurisprudência no sentido de declarar inconstitucionais dispositivos legais que restringissem a individualização da pena pelo juiz com base na gravidade abstrata do delito (*i.e.*, com base no tipo penal). Isso porque, nesse caso, levou-se em consideração o desiderato de resguardar bens e valores erigidos pela Constituição como base das Forças Armadas: a hierarquia e a disciplina (art. 142 do CF). Assim, a restrição legal imposta ao direito à individualização da pena pelo juiz tinha, segundo esse precedente, uma base constitucional relevante, o que daria suporte à postura deferente da jurisdição constitucional em relação à opção legislativa⁷⁶⁵.

4.1.6 Vedação legal à liberdade provisória: a progressiva rejeição às prisões preventivas obrigatórias

A Constituição Federal impôs a inafiançabilidade aos crimes de (i) racismo (inciso XLII do art. 5º); (ii) tortura, de tráfico de drogas e de terrorismo (inciso XLIII do art. 5º); e (iii) ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. A jurisprudência do STF, durante longo período, extraiu da inafiançabilidade prevista na Constituição a vedação à liberdade provisória. A regra que constava da versão originária do art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 – que vedada não só a fiança, mas também a liberdade provisória, para os crimes hediondos, de tortura, de tráfico de drogas e de terrorismo – foi considerada constitucional em diversas oportunidades pelo STF⁷⁶⁶.

O Ministro Sepúlveda Pertence defendeu a tese de que a vedação à liberdade provisória decorreria diretamente da inafiançabilidade, sob o fundamento de que seria ilógico que a Constituição vedasse a liberdade provisória mediante fiança para os crimes hediondos e

⁷⁶⁵ Essa decisão coincide com a posição da Corte constitucional colombiana: TCC, Sentencia C-709/02, j. em 03.09.2002.

⁷⁶⁶ STF, HC 86118, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, j. em 13.09.2005; STF, HC 86814, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 29.11.2005.

admitisse a liberdade provisória sem fiança⁷⁶⁷. O STF entendia que o réu que respondesse pela prática de delitos hediondos e de tráfico de drogas deveria permanecer preso obrigatoriamente durante o processo por força tanto da lei (versão originária do art. 2º, II, da Lei 8.072/1990) quanto da aplicação direta da inafiançabilidade prevista na Constituição⁷⁶⁸. O Ministro Menezes Direito afirmava que *“se o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal considerou insuscetível de fiança, entre outros, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, seria um contra-senso admitir a liberdade provisória sem fiança para esses crimes”*⁷⁶⁹.

Mais tarde, a Lei 11.464/2007 excluiu do art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória para os crimes hediondos. A partir dessa reforma legal, passou-se a defender com maior intensidade a possibilidade de concessão de liberdade provisória aos investigados ou processados por crimes hediondos. Entretanto, o STF entendeu que a Lei 11.464/2007 *“não passou a admitir a liberdade provisória a presos em flagrante por crimes hediondos ou equiparados, e penso que esse entendimento deva aplicar-se, por maiores razões, aos presos em flagrante por tráfico de drogas”*⁷⁷⁰. Isso porque *“a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos e equiparados decorre da própria ‘inafiançabilidade imposta pela Constituição’ à legislação ordinária”* por meio da regra constante do inciso XLIII do art. 5º da CF.

A Ministra Relatora, Cármen Lúcia, defendeu a tese de que não seria necessário haver lei proibindo expressamente a liberdade provisória para os delitos previstos no inciso XLIII do art. 5º da CF, motivo pelo qual a revogação da vedação à liberdade provisória para os delitos hediondos não produziria qualquer efeito na ordem jurídica⁷⁷¹. Para a Ministra Cármen Lúcia, portanto, a revogação operada pela Lei 11.464/2007 produziria uma espécie de omissão inconstitucional equivalente àquela existente até a edição da lei de crimes hediondos (Lei 8.072/1990). Tal “omissão inconstitucional” impediria a concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante pela suposta prática desses delitos. Segundo o raciocínio, o inciso XLIII do art. 5º da CF teria eficácia plena e independeria de intermediação legislativa para produzir seu

⁷⁶⁷ STF, HC 83468, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 11.11.2003.

⁷⁶⁸ STF, HC 89068, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 28.11.2006.

⁷⁶⁹ STF, HC 92747, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, j. em 04.03.2008.

⁷⁷⁰ STF, HC 93302, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 25.03.2008.

⁷⁷¹ STF, HC 93302, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 25.03.2008.

principal efeito: obrigar a manutenção da prisão provisória de todos aqueles que fossem presos em flagrante pela suposta prática dos crimes agrupados pelo inciso XLIII do art. 5º da CF⁷⁷².

Essa diretriz jurisprudencial afirmava também que a Lei 8.072/1990, ao vedar simultaneamente a fiança e a liberdade provisória, incorria, nas palavras do Ministro Carlos Ayres, em redundância. Isso porque a proibição da concessão da liberdade mediante fiança resultaria automaticamente na proibição da concessão da liberdade sem fiança⁷⁷³. Por isso, independente da regulamentação legislativa da matéria, seria necessário, para essa corrente jurisprudencial, manter a vedação à concessão de liberdade provisória a crimes hediondos e equiparados. A partir dessas premissas, se chegava à conclusão de que as pessoas presas em flagrante pela suposta prática dos crimes hediondos e equiparados deveriam aguardar a conclusão do inquérito e da ação penal presas, sendo, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, “*absolutamente irrelevante a existência, ou não de fundamentação cautelar idônea*”⁷⁷⁴. Nesse precedente, o Ministro Carlos Ayres propôs que, em crimes inafiançáveis, quando a prisão não se desse em flagrante, seria necessário acionar o art. 312 do CPP e motivar a decretação da prisão preventiva⁷⁷⁵. Desse modo, a obrigatoriedade da prisão provisória dependeria da existência ou não de prisão em flagrante.⁷⁷⁶

Os precedentes sobre o tema firmados à unanimidade passaram a enfrentar alguma resistência a partir de 2009. O Ministro Menezes Direito, em voto vencido, afirmou que, diante do novo posicionamento do Supremo no sentido que ofenderia o princípio da não culpabilidade a execução da pena antes do trânsito em julgado, não mais seria possível “a prisão automática”, independente da presença dos requisitos que autorizariam a decretação da prisão preventiva. Prevaleceu, no entanto, a posição de que “*a vedação à liberdade provisória para os crimes hediondos advém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade*”⁷⁷⁷.

⁷⁷² STF, HC 93229, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 01.04.2008.

⁷⁷³ STF, HC 83468, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 11.11.2003.

⁷⁷⁴ STF, HC 93302, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 25.03.2008. No mesmo sentido: HC 93940, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 06.05.2008; HC 90937, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 02.09.2008.

⁷⁷⁵ STF, HC 93302, Relator: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 25.03.2008.

⁷⁷⁶ A mesma posição foi reproduzida no HC 92469, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 29.04.2008.

⁷⁷⁷ STF, HC 95848, Rel. Min. Menezes Direito, Red. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 29.09.2009.

Mesmo depois de o Plenário do STF ter afirmado, no início de 2009, que ninguém poderia ser preso senão por sentença condenatória transitada em julgado ou por decisão fundamentada (decretando a prisão preventiva ou temporária)⁷⁷⁸, a 1ª Turma do STF continuava a decidir que a prisão provisória de pessoas presas em flagrante pela suposta prática de crimes hediondos era obrigatória, independente da decretação de prisão preventiva de forma motivada, nos termos do art. 312 do CPP. Nas palavras do Ministro Carlos Ayres, “[s]e o crime é inafiançável e preso o acusado em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar”⁷⁷⁹. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes decorria diretamente da inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, XLIII, da Constituição⁷⁸⁰. Por outro lado, a 2ª Turma do STF inaugurou uma nova orientação no sentido de que “[a] inafiançabilidade não pode e não deve – considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal – constituir causa impeditiva da liberdade provisória”⁷⁸¹. O Ministro Eros Grau defendeu, na ocasião, a tese de que a Constituição, ao impor a inafiançabilidade para o crime de tráfico de drogas, não excluía a liberdade provisória. A partir dessa premissa, e considerando o princípio da presunção de inocência, afirmou que ninguém poderia ser mantido preso durante o processo sem que houvesse a decretação motivada da prisão preventiva.

A divergência entre as Turmas do STF se manteve durante algum tempo. A 1ª Turma continuou a afirmar que a inafiançabilidade que a Constituição estabeleceu para alguns delitos (como o tráfico de drogas e os crimes hediondos) impedia a concessão de liberdade provisória⁷⁸². Nas palavras do Ministro Carlos Ayres, “o título prisional em que o flagrante consiste opera por si mesmo; isto é, independentemente da presença dos requisitos do art. 312 do CPP”, pois haveria uma “presunção constitucional de periculosidade da conduta protagonizada pelo agente que é flagrado em crime hediondo”⁷⁸³. Disso resultava que aquele

⁷⁷⁸ STF, HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 05.02.2009.

⁷⁷⁹ STF, HC 98464, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 03.11.2009.

⁷⁸⁰ STF, HC 98082, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 24.11.2009. Afirmava-se, àquela altura, que “a vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII)”. No mesmo sentido: “A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária” (STF, HC 98548, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 24.11.2009).

⁷⁸¹ STF, HC 101505, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 15.12.2009.

⁷⁸² STF, HC 100644, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 02.02.2010.

⁷⁸³ STF, HC 101673, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, j. em 01.06.2010.

que era preso em flagrante pela prática de crime considerado hediondo (entre eles o tráfico de drogas) permanecia preso durante toda a tramitação do inquérito policial e da ação penal, ainda que não estivessem presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Já a 2ª Turma afirmava que a inafiançabilidade, por si só, não configurava causa impeditiva da liberdade provisória⁷⁸⁴.

No ano de 2011, já na 2ª Turma, o Ministro Carlos Ayres mudou seu entendimento sobre o tema e se alinhou à diretriz jurisprudencial que vinha se consolidando naquela Turma⁷⁸⁵. No precedente que marcou a sua mudança de posição, o Ministro afirmou que *“o fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhes sejam equiparados não tem a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, adstrito que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena)”*, de modo que *“a inafiançabilidade da prisão, mesmo em flagrante (inciso XLIII do art. 5º da CF), quer apenas significar que a lei infraconstitucional não pode prever como condição suficiente para a concessão da liberdade provisória o mero pagamento de uma fiança”*. Com base nessas premissas, afirmou que *“nem a inafiançabilidade exclui a liberdade provisória nem o flagrante pré-exclui a necessidade de fundamentação judicial para a continuidade da prisão”*. A partir desse entendimento, a prisão em flagrante, mesmo que por crime hediondo, deveria ser comunicada ao juiz para que este decidisse tanto sobre a regularidade da prisão em flagrante quanto sobre a necessidade de manter a privação da liberdade, o que exigiria a demonstração de uma das hipóteses previstas no art. 312 do CPP.

Todaavia, a divergência entre as Turmas do STF se manteve⁷⁸⁶ até que o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória prevista no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006. O Tribunal entendeu, na ocasião, que (i) a mera inafiançabilidade

⁷⁸⁴ STF, HC 98966, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 02.02.2010. A própria 2ª Turma ainda vacilava na definição do tema. V., por exemplo, o seguinte precedente do ano de 2010: “É sedimentada a jurisprudência atual desta Corte quanto à irrelevância da discussão acerca da existência ou não de fundamentação da prisão em flagrante de acusado de tráfico ilícito de entorpecentes, haja vista que a proibição de liberdade provisória, nesses casos, decorre da inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal e da vedação legal imposta pelo art. 44 da Lei nº 11.343/06” (STF, HC 102558, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 09.02.2010). No mesmo sentido: STF, HC 100185, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 08.06.2010.

⁷⁸⁵ STF, HC 108508, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. em 02.08.2011. Esse entendimento passou a ser reproduzido em uma série de precedentes: STF, HC 106299, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. em 27.09.2011; HC 108802, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. em 04.10.2011.

⁷⁸⁶ STF, RHC 105431, Relator: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 02/08/2011. No mesmo sentido, ainda no de 2011, V. HC 108652, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 09/08/2011.

constitucional do delito não impede a concessão da liberdade provisória; (ii) sua vedação apriorística é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, bem assim com o mandamento constitucional que exige fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão⁷⁸⁷. Após essa decisão, a 1ª Turma passou a reproduzir o entendimento firmado pelo Plenário no sentido de que “*a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significa óbice à liberdade provisória, considerado o conflito do inciso XLIII com o LXVI (‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’), ambos do art. 5º da CF*”⁷⁸⁸.

Como se vê, a nova posição do Plenário do STF se baseou, em primeiro lugar, em uma leitura sistemática de dois dispositivos constitucionais (incisos XLIII e LXVI do art. 5º) da qual resultaria a possibilidade de convivência harmônica entre a inafiançabilidade e a concessão de liberdade provisória sem fiança. Essa interpretação contava com um argumento histórico relevante: quando da promulgação da Constituição, a Lei 6.416/1977 já havia alterado o Código de Processo Penal para superar o paradigma de que somente os crimes afiançáveis seriam passíveis de liberdade provisória⁷⁸⁹. A partir dessa lei, o parágrafo único do art. 310 do CPP passou a prever que o juiz poderia deferir a liberdade provisória, sem fiança, quando não se fizessem presentes os requisitos para a prisão preventiva⁷⁹⁰. Para o Ministro Gilmar Mendes,

⁷⁸⁷ STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012.

⁷⁸⁸ STF, HC 105915, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 05.06.2012. Esse entendimento passou a ser reproduzido em outras decisões da 1ª Turma: HC 108340, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 12.06.2012; HC 108345, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 26.06.2012.

⁷⁸⁹ Nas palavras da Ministra Rosa Weber, a Constituição não desconhecia o regime legal pré-constitucional, tendo-o recepcionado: “Observo que, quando da elaboração e aprovação da Constituição de 1988, já vigoravam há bom tempo no Código de Processo Penal as alterações que autorizavam, fora do modelo originário, a concessão de liberdade provisória desacompanhada de fiança. Não é possível presumir desconhecêsse o Constituinte pudesse a liberdade provisória, pela lei então vigente, ser concedida desacompanhada de fiança. Reforça essa inviabilidade o fato de constar, no inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal - dispositivo de mesma localização topográfica - referência à “liberdade provisória, com ou sem fiança” (HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012).

⁷⁹⁰ A propósito, o seguinte trecho do voto da Ministra Rosa Weber: “É relevante ter presente que o texto original do Código de Processo Penal, Decreto 3.689/1941, era extremamente rigoroso quanto à possibilidade de manutenção do processado em liberdade no curso do processo. Pelo texto original, a regra era a prisão, mesmo antes do julgamento. Excepcionavam-se apenas crimes de menor potencial ofensivo, aqueles sem pena de prisão ou com prisão inferior a três meses (art. 321). Admitia-se a liberdade provisória, sempre com fiança, apenas para crimes com pena máxima igual ou inferior a dois anos e desde que o processado fosse maior de setenta anos ou menor de vinte e um anos (art. 323). Dispensava-se a fiança somente para aquele impossibilitado de prestá-la por motivo de pobreza e para o agente que tivesse praticado a conduta típica albergada por alguma excludente de ilicitude (art. 310, caput, e art. 350). Tal rigor veio a ser mitigado com o tempo. Já com a Lei 6.416/1977, admitiu-se, como regra geral, a concessão de liberdade provisória com fiança, salvo para crimes com pena mínima superior a dois anos (art. 323, I, do Código de Processo Penal), e, mais relevante, passou a ser admitida a concessão da

*“[a] Constituição de 1988 – e antes, como demonstrado, a Lei nº 6.416/77 – instituiu um novo regime no qual a liberdade é a regra, e a prisão, apenas provisória, exigindo-se a comprovação, devidamente fundamentada, de sua necessidade cautelar dentro do processo”*⁷⁹¹.

Como bem destacou o Ministro Cezar Peluso, a confusão entre as categorias da fiança e da liberdade provisória levava à equivocada interpretação do dispositivo constitucional que estabelece a inafiançabilidade para determinados delitos⁷⁹².

Antes mesmo dessa decisão que declarou a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória para o crime de tráfico de drogas, o STF já havia declarado a inconstitucionalidade do dispositivo legal que vedava a liberdade provisória para os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento. Entendeu-se, nesse julgamento, que a lei ordinária, ao estabelecer uma prisão preventiva obrigatória, violava o princípio da presunção de inocência, já que criava uma presunção da necessidade da prisão, incompatível com a regra constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, inciso XLI)⁷⁹³.

liberdade provisória mesmo sem fiança se ausentes os fundamentos da decretação da prisão preventiva (art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal). Essa reforma, apesar das boas intenções, deixou o Código de Processo Penal assistemático e quase sepultou o instituto da fiança, já que os juízes, quando ausentes os fundamentos da preventiva, passaram, na maior parte dos casos, a conceder liberdade provisória sem fiança, já que esta era expressamente vedada para crimes com pena mínima superior a dois anos” (STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012).

⁷⁹¹ STF, HC 104339, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10/05/2012.

⁷⁹² A esse respeito, é didático o voto do Ministro Cezar Peluso: “Mas, a meu aviso, com o devido respeito, o instituto da fiança – vedada na hipótese de crimes hediondos ou equiparados – e o da liberdade provisória não se confundem, nem são em absoluto coextensivos. E, por vê-lo, escusam largos latins. A liberdade provisória, como gênero, pode apresentar-se sob espécie vinculada à fiança (liberdade provisória com fiança) ou operar de forma independente (liberdade provisória sem fiança). Ambas as duas modalidades de liberdade provisória têm assento constitucional no art. 5º, LXVI, da Constituição da República. Quando seja a fiança admissível, sua prestação leva à imediata decretação da liberdade provisória, porque é aí condição necessária e suficiente desta consequência jurídica. Mas, se por razões de política criminal, a Constituição ou a lei não autorize, em algum caso, concessão de liberdade provisória mediante só prestação de fiança, daí não vem, a nenhum título lógico-jurídico, que uma ou outra proíba ipso iure seja a mesma liberdade deferida sem fiança, desde que se verifiquem determinados requisitos. Nesta segunda hipótese, a de crimes inafiançáveis, o que sucede é apenas que a admissibilidade da liberdade provisória fica ou pode ficar na dependência da observância de outras situações previstas pelo ordenamento. Inafiançabilidade não significa impossibilidade absoluta de liberdade provisória, mas tão só impossibilidade de obtenção desta por mera prestação de fiança! Trata-se, como é intuitivo, de disciplinas normativas diversas, inspiradas por diversas rationes iuris. (...) Essa distinção, aliás muito clara, parece-me bastar à prova de que o instituto da fiança não se encambulha com o da liberdade provisória, senão que constitui requisito suficiente para a concessão de uma das espécies desta, ou, rectius, para uma das hipóteses legais de sua concessão” (STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012).

⁷⁹³ Nesse sentido, o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: “No entanto, a norma do art. 21 do Estatuto também parte do pressuposto de que a prisão é sempre necessária, sem se levar em consideração, na análise das razões acautelatórias, as especificidades do caso concreto. A necessidade da prisão decorrerá diretamente da imposição legal, retirando-se do juiz o poder de, em face das circunstâncias específicas do caso, avaliar a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal: necessidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal, havendo prova

O voto da Ministra Rosa Weber retomou a ideia de que o princípio da individualização da pena – utilizado como fundamento principal para a declaração de inconstitucionalidade da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – também informaria o tratamento constitucional que se deve conferir à prisão provisória. Não pode o legislador optar aprioristicamente pelo tipo de pena a ser aplicada (de prisão ou de restrição de direitos). Do mesmo modo, não pode optar, substituindo o Poder Judiciário, pela prisão preventiva obrigatória. Embora a Ministra Rosa Weber não tenha chegado a essa conclusão de modo expresso, permeia o seu voto a premissa de que a resposta penal – seja no momento da aplicação das medidas cautelares, seja no momento da aplicação da pena – deve ser mediada pela decisão judicial à luz das circunstâncias do caso concreto. Essa ideia foi desenvolvida expressamente pelo Ministro Carlos Ayres, que afirmou que *“o juiz está preso, jungido, à imprescindibilidade do princípio, eu chamo de tácito ou implícito, da individualização da prisão”*. Para ele, *“nós estamos habituados a ouvir falar exclusivamente de individualização da pena, porque vem por modo explícito, mas, tacitamente, implicitamente, sistematicamente, a Constituição também fala da individualização da prisão”*⁷⁹⁴.

Já o voto vencido do Ministro Luiz Fux, partia da premissa, defendida em precedentes anteriores do próprio STF, de que a proibição da liberdade provisória com fiança conduzia, necessariamente, à vedação à liberdade provisória sem fiança. Entendia, portanto, que a própria Constituição havia criado diversas hipóteses de prisão preventiva obrigatória, decorrentes da impossibilidade de concessão de qualquer tipo de liberdade provisória. Afirmava, então, que o STF estaria, nesse julgamento, *“declarando a Constituição inconstitucional”*. Para o Ministro Luiz Fux, assim, a Constituição teria reduzido à zero a margem de apreciação do legislador: a ele só caberia reproduzir a impossibilidade de concessão de qualquer forma de liberdade no curso do processo para os crimes hediondos e de tráfico de drogas. Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Fux, defendeu que a supressão da liberdade provisória por lei *“é uma opção político-normativa dos representantes”*. Ao retomar o argumento da autocontenção da jurisdição constitucional em relação ao legislador penal, afirmou que *“não posso abandonar o campo da atividade que deve ser exercida por*

da existência do crime e indício suficiente de autoria” (STF, ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 02.05.2007).

⁷⁹⁴ STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012.

integrantes do Supremo como legislador negativo”, não podendo o Ministro do STF “adentrar o campo normativo, substituindo-me a deputados e senadores”.

Entretanto, apesar dos poucos votos vencidos, a ampla maioria do STF reafirmou a rejeição a qualquer previsão legal que imponha prisão cautelar obrigatória. Isso pela simples razão de que, como ressaltou o Ministro Cezar Peluso, *“ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente compõe o devido processo legal e, como tal, se ordena a reservar a juízo motivado do Poder Judiciário o exame das circunstâncias do caso e da necessidade cautelar”*⁷⁹⁵.

4.1.7 Balanço parcial da jurisprudência do STF: os diferentes graus de deferência ao legislador a partir da revisão do conteúdo normativo do princípio da individualização da pena

O princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI) foi o fundamento central com base no qual o STF declarou (i) a inconstitucionalidade da imposição legal de regime integralmente fechado para os crimes hediondos⁷⁹⁶, (ii) a inconstitucionalidade da imposição legal obrigatória de regime inicialmente fechado para crimes hediondos⁷⁹⁷ e (iii) a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas⁷⁹⁸. Em cada uma dessas decisões, como se viu, outros fundamentos tiveram alguma função acessória na definição desses resultados. O princípio da individualização da pena também teve papel relevante nas decisões que declararam (iv) a inconstitucionalidade da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo⁷⁹⁹, (v) a constitucionalidade da proibição de concessão de suspensão condicional do processo e da pena para o crime militar de deserção⁸⁰⁰, e (vi) a inconstitucionalidade da proibição de concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e de tráfico de drogas⁸⁰¹.

⁷⁹⁵ STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05/2012.

⁷⁹⁶ STF, HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 23.02.2006.

⁷⁹⁷ STF, HC 111840, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 27.06.2012.

⁷⁹⁸ STF, HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 01.09.2010.

⁷⁹⁹ STF, HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 23.06.2016.

⁸⁰⁰ STF, HC 119567, Rel. Min. Dias Toffoli, Red. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 22.05.2014.

⁸⁰¹ STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012.

Esse conjunto de decisões constitui manifestação da conjunção de dois marcos do comportamento judicial do STF na vigência da atual Constituição. A afirmação da efetividade das normas constitucionais, impulsionada no Brasil pela obra de Luís Roberto Barroso e sua *doutrina brasileira da efetividade*⁸⁰² foi associada ao aperfeiçoamento da argumentação jurídica por meio da *assimilação da teoria dos princípios*⁸⁰³. A consolidação da noção da *efetividade das normas constitucionais* em meados dos anos noventa se encontrou com a utilização da *teoria dos princípios* (e corresponde uso do princípio da proporcionalidade) para promover uma pequena revolução na jurisdição constitucional brasileira⁸⁰⁴. Embora com impacto reduzido no campo penal, esses dois marcos do comportamento judicial do STF abriram espaço para a primeira importante decisão de declaração de inconstitucionalidade de uma norma penal (a proibição de progressão de regime para condenados por crimes hediondos). As noções de que o princípio da individualização da pena não mais constituía mera recomendação política ao legislador, mas norma jurídica dotada de força normativa, e de que o princípio da proporcionalidade (e da razoabilidade) serviria como parâmetro para a contenção dos excessos legislativos foram peças fundamentais do novo arsenal argumentativo de que se serviu o STF para superar o dogma da insindicabilidade das leis penais.

Essa mudança no comportamento judicial do Supremo não pode ser integralmente explicada apenas sob o ponto de vista *legalista* – ou da argumentação jurídica empregada nos precedentes estudados –, devendo ser levados em consideração a substancial alteração da composição do Tribunal ao longo desses anos e a mudança no perfil ideológico (mais liberal ou conservador) e da formação dos novos magistrados (os quais compõem um quadro geral das preferências pessoais de cada um deles). Essa sequência de precedentes, necessária para a compreensão da trajetória jurisprudencial do STF em relação ao controle de constitucionalidade de leis penais, será abordada sob essas duas óticas.

⁸⁰² Essa ideia foi desenvolvida, no Brasil, de forma pioneira por Luís Roberto Barroso no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. A expressão “doutrina brasileira da efetividade” foi empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto ao referir a contribuição de Luís Roberto Barroso para o direito constitucional brasileiro. V. BARROSO, Luís Roberto *et al.* Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: _____. (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁸⁰³ V., sobre a incorporação da teoria dos princípios na doutrina e jurisprudência brasileiras, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸⁰⁴ V., sobre esses marcos de mudança do comportamento judicial do STF, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 25-28.

4.2 A superação do dogma da insindicabilidade das leis penais pelo STF: mudança do comportamento judicial dos seus juízes e impacto na jurisprudência do tribunal

A primeira e mais importante decisão do STF nesse setor, que declarou a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para condenados por crimes hediondos, não pode ser explicada apenas sob o prisma do modelo *legalista* de comportamento judicial. Não foram somente a consolidação da *doutrina brasileira da efetividade* e a incorporação da *teoria dos princípios* que possibilitaram a superação da até então vigente adoção de uma postura de absoluta deferência ao legislador penal.

Como antes assinalado, esses motivos de ordem jurídica ganharam maior importância, naquele julgamento de 2006, justamente pelo ingresso de quatro novos Ministros no STF: Cezar Peluso, Eros Grau, Carlos Ayres e Gilmar Mendes. Esses novos Ministros aderiram à posição defendida no STF, desde o ano de 1992, pelos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Uma explicação mais adequada dessa pequena revolução promovida pelo STF no campo da jurisdição constitucional de normas penais só é possível a partir do manejo conjunto dos *modelos ideológico (ou atitudinal), legalista (jurídico) e institucional* de estudo do comportamento judicial⁸⁰⁵. De fato, como afirmou Patrícia Mello, o *modelo legalista* de compreensão do comportamento judicial tem sua importância reduzida na explicação de casos inéditos e difíceis como certamente era o debate sobre a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990⁸⁰⁶.

Esses quatro novos Ministros – Cezar Peluso, Eros Grau, Carlos Ayres e Gilmar Mendes – demonstraram possuir ideologia mais progressista no controle da constitucionalidade de leis

⁸⁰⁵ Os modelos jurídico, atitudinal e estratégico são os principais modelos de comportamento judicial. O primeiro se relaciona com a abordagem normativa e sustenta que o comportamento judicial é constrangido pela lei e pelo direito (incluindo a jurisprudência). Os “atitudinalistas” sustentam que os juízes votam de acordo com as suas preferências pessoais em um caso. Por fim, na teoria estratégica, um juiz vai adotar estratégias para chegar aos seus objetivos, dado que podem existir várias restrições ao seu comportamento. V., sobre esses modelos MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁸⁰⁶ Patrícia Mello afirmou sobre o tema que “os casos difíceis e os julgados paradigmáticos tendem a corresponder justamente àqueles em que o direito não se encontra suficientemente determinado à luz dos critérios tradicionais de interpretação ou, eventualmente, àqueles em que as partes trazem argumentos que abrem a possibilidade de alterações de entendimentos pretéritos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, o comportamento do STF não pode ser explicado com base na abordagem meramente legalista e os recursos hermenêuticos não legalistas não asseguram a produção de decisões pautadas por critérios puramente objetivos” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 56).

penais. Sua sólida formação acadêmica – todos eles possuíam Mestrado e Doutorado em importantes Universidades brasileiras e estrangeiras⁸⁰⁷ – e longa carreira como Professores possibilitaram uma ampla renovação do arsenal metodológico e argumentativo utilizado no controle de constitucionalidade das leis. Além dessas características gerais comuns a esses Ministros, alguns traços dos seus perfis também ajudam a explicar a mudança no comportamento judicial do STF em relação à sindicabilidade das leis penais.

Sem pretensão de exaurir a análise, é possível destacar alguns pontos mais relevantes do *background* e das preferências pessoais desses Ministros que ajudam a explicar o abandono do dogma da quase-soberania do legislador em matéria penal. O Ministro Carlos Ayres ficou conhecido como defensor da *“importância do humanismo do magistrado para a atividade judicante, afirmando, por exemplo, que o grande desafio não é julgar com técnica, mas julgar como um ‘ser do mundo’, com sentimento, com humanidade e com coragem para inovar”*⁸⁰⁸. Suas ideias progressistas e a seu compromisso com a elevação do humanismo à categoria jurídica marcam fortemente a atuação do Ministro Carlos Ayres no STF⁸⁰⁹. Poeta, o Ministro Carlos Ayres, reconhece que a sensibilidade, a intuição e o afeto constituem elementos essenciais à busca pela justiça. Ao reconhecer a constitucionalidade das uniões homoafetiva, afirmou: *“[é] a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração”*⁸¹⁰. A importância que o Ministro Carlos Ayres atribuiu às emoções, à sensibilidade humana e à empatia pelos menos favorecidos certamente contribuíram para que ele manifestasse enorme preocupação com os excessos punitivos praticados pelo Congresso Nacional ao longo da década em que exerceu a função de juiz constitucional.

A vocação libertária⁸¹¹, a preocupação com as injustiças sociais que marcam o fenômeno criminal no Brasil e a centralidade da dignidade humana na ordem constitucional brasileira

⁸⁰⁷ Os currículos dos Ministros podem ser encontrados na página do STF na internet. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=antiguidade>>. Acesso em: 17.06.2018.

⁸⁰⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 85.

⁸⁰⁹ Essas ideias foram condensadas em livro da autoria do Ministro Carlos Ayres: BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁸¹⁰ STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 05.05.2011.

⁸¹¹ No campo penal, essa postura liberal se manifestou, por exemplo, na importância que o Ministro Carlos Ayres atribuía ao habeas corpus: “Quanto ao processo que se instaura por ajuizamento de um habeas corpus, salta à evidência que sua tramitação tem primazia sobre o andamento de qualquer outra ação, ainda que essa outra ação também seja de expressa nominação constitucional. É que o habeas corpus só pode ter por alvo – lógico – a

constituem o pano de fundo dos votos proferidos pelo Ministro Carlos Ayres, em que declarou a inconstitucionalidade (i) da imposição legal de regime integralmente fechado para os crimes hediondos, (ii) da imposição legal obrigatória de regime inicialmente fechado para crimes hediondos, (iii) da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas, (iv) da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo e (v) da proibição de concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e de tráfico de drogas.

O Ministro Gilmar Mendes também contribuiu enormemente para a redução do grau de deferência adotado pelo STF em relação ao legislador penal. A ampla formação acadêmica do Ministro Gilmar Mendes na Alemanha, onde cursou Mestrado e Doutorado, foi fundamental para a incorporação e aperfeiçoamento do uso da *teoria dos princípios* e do *princípio da proporcionalidade* na jurisprudência constitucional brasileira. O vasto domínio das técnicas de controle de constitucionalidade das leis – e, de forma mais ampla, da teoria do processo constitucional – pelo Ministro Gilmar também está associada à intensificação do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis pelo STF⁸¹². Nas palavras de Patrícia Mello, o Ministro Gilmar Mendes foi responsável pela promoção de uma “revolução metodológica” na jurisdição constitucional brasileira, por meio da construção do sistema processual de controle de constitucionalidade brasileiro e da sofisticação das suas técnicas decisórias⁸¹³.

Como assinalou Patrícia Mello, outra característica marcante da atuação do Ministro Gilmar Mendes no STF é a sua independência perante a opinião pública⁸¹⁴. A reafirmação da intrínseca possibilidade de atuação contramajoritária da jurisdição constitucional se mostrou

“liberdade de locomoção” do paciente. E o fato é que esse tipo de liberdade espacial ou geográfica é o bem jurídico mais fortemente protegido por uma ação constitucional. (...) 3. Não podia ser diferente, no corpo de uma Constituição que faz a mais avançada democracia coincidir com o mais depurado humanismo. Afinal, habeas corpus é, literalmente, ter a posse desse bem personalíssimo que é o próprio corpo. Significa requerer ao Poder Judiciário um salvo-conduto que outra coisa não é senão uma expressa ordem para que o requerente preserve, ou, então, recupere a sua autonomia de vontade para fazer do seu corpo um instrumento de geográficas idas e vindas. Ou de espontânea imobilidade, que já corresponde ao direito de nem ir nem vir, mas simplesmente ficar. Autonomia de vontade, enfim, protegida contra “ilegalidade ou abuso de poder” — parta de quem partir —, e que somente é de cessar por motivo de “flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º da Constituição)” (STF, HC 105856, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. em 07.12.2010).

⁸¹² Abordei esse tema com maior profundidade em livro específico sobre o tema: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67 e ss.

⁸¹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 104-108.

⁸¹⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 113-115.

particularmente importante nos votos do Ministro nesses grandes casos de controle de constitucionalidade de leis penais. Não à toa, tal qual o Ministro Ayres Britto, o Ministro Gilmar Mendes formou a corrente majoritária em todos os importantes precedentes do STF em matéria penal comentados acima.

O Ministro Eros Grau, crítico à intensificação do controle de constitucionalidade das leis sob a ótica do princípio da proporcionalidade, mostrou forte vocação libertária em matéria penal em sua breve passagem pelo STF. Como relator do *leading case* que afirmou a incompatibilidade da execução provisória da pena após a condenação em segundo grau com a Constituição, o Ministro defendeu a tese de que “*a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar*”⁸¹⁵. Nesse julgamento, a postura crítica do Ministro Eros Grau em relação ao clima de *punitivismo* vivenciado no país se manifestou de forma contundente. Além de refutar os argumentos de ordem pragmática que pretensamente justificariam a execução provisória da pena – “*a antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados, não do processo penal*” –, reafirmou uma premissa por ele repetida em diversas oportunidades segundo a qual “*nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil)*”.

Em outro *leading case* relatado pelo Ministro Eros Grau sobre o tema da prisão provisória, o STF estabeleceu parâmetros bastante restritivos à utilização dessa medida cautelar no processo penal⁸¹⁶. O Ministro Eros Grau, nesse caso, defendeu abertamente a ideia de que o STF deveria conter o enorme avanço do uso das prisões preventivas como forma de antecipação da pena no país. Para tanto, afirmou que “*a prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado*”. Defendeu também a inconstitucionalidade do uso da prisão temporária para a obtenção de depoimento do investigado. Afirmou, a esse respeito, que “*a Constituição garante a qualquer um o direito de*

⁸¹⁵ STF, HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 05.02.2009.

⁸¹⁶ STF, HC 95009, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 06.11.2008.

permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade”.

Também o Ministro Cezar Peluso contribuiu para a mudança da postura do STF no controle de constitucionalidade de leis penais. Além da larga experiência como magistrado no Tribunal de Justiça de São Paulo, o Ministro Peluso ficou conhecido por seu perfil técnico, marcado por grande conhecimento de temas processuais, o que se manifestou em uma série de votos e decisões garantidores do princípio do devido processo legal no campo penal. O Ministro afirmou que a decretação da revelia do réu não justificaria a sua prisão preventiva⁸¹⁷. Também teve importante papel na construção da orientação jurisprudencial de que a gravidade abstrata do delito ou a periculosidade presumida do réu não justificariam a prisão preventiva⁸¹⁸. O Ministro Cezar Peluso também defendeu a tese de que *“é legítima a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal, porque não lhe pesa ônus de se submeter a prisão cuja legalidade pretende contestar”*⁸¹⁹.

Também foi por impulso do Ministro Cezar Peluso que o STF afirmou, de forma inovadora, que a decisão de recebimento da denúncia deveria enfrentar as teses apresentadas pelo denunciado na defesa preliminar, sob pena de nulidade⁸²⁰. Ainda por iniciativa do Ministro Peluso, o Supremo afirmou a nulidade de condenação criminal baseada em prova não submetida ao contraditório⁸²¹. Ademais, o Ministro Cezar Peluso foi voz fundamental no reconhecimento da ilegitimidade das normas que autorizam a decretação da prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito⁸²². Também foi pela sua atuação que o STF reconheceu que o juiz não pode determinar a produção de prova antecipada, sem a presença da defesa, na hipótese em que não se demonstre a possibilidade de perecimento dessa prova⁸²³. O Ministro Cezar Peluso proferiu, ainda, o voto condutor do precedente que ampliou a exigência de garantia da imparcialidade objetiva do juiz criminal, afirmando a tese de que o juiz não pode

⁸¹⁷ STF, HC 86140, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 03.04.2007.

⁸¹⁸ STF, HC 93296, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 20.04.2010.

⁸¹⁹ STF, HC 93296, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 20.04.2010.

⁸²⁰ STF, HC 84919, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 02.02.2010.

⁸²¹ STF, HC 87114, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 04.12.2009.

⁸²² STF, HC 93435, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 16.09.2008.

⁸²³ STF, HC 85824, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 05.08.2008.

julgar causa criminal sobre a qual já tenha se manifestado – analisando o mérito da conduta imputada –, ainda que na fase de investigação preliminar⁸²⁴.

Não foi só no direito processual penal – e sua filtragem constitucional – que o Ministro Cezar Peluso contribuiu para reforçar a constitucionalização do campo penal no Brasil. Foi da relatoria dele um dos primeiros precedentes que aplicaram o princípio da insignificância em favor de réus reincidentes⁸²⁵. No julgamento do HC 97.621, também sob sua relatoria, a Segunda Turma do STF entendeu cabível a adoção da desinternação progressiva de que trata a Lei 10.261/2001, impedindo que as medidas de segurança se convertessem em penas perpétuas⁸²⁶. Esse amplo conjunto de decisões mostra o perfil liberal e garantista do Ministro Cezar Peluso no campo penal. Seus votos nesses casos se valeram amplamente dos princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, e da proporcionalidade para avançar na direção da constitucionalização do campo penal no Brasil.

Como visto na reconstrução da jurisprudência do STF a propósito do controle de constitucionalidade de leis penais sob a ótica do princípio da individualização da pena, a decisão que declarou a inconstitucionalidade da imposição de regime integralmente fechado para crimes hediondos abriu espaço para uma série de outras decisões que reafirmaram não apenas o rebaixamento do grau de intolerabilidade pela jurisdição constitucional em relação às leis que pretendessem pré-estabelecer a espécie punitiva, o regime prisional e a necessidade de imposição de prisão preventiva a partir do tipo penal abstratamente considerado ou da sua simples qualificação como hediondo. A declaração da inconstitucionalidade da imposição legal de regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos foi passo decisivo para as decisões seguintes do STF que declararam a inconstitucionalidade (i) da imposição legal obrigatória de regime inicialmente fechado para crimes hediondos⁸²⁷, (ii) da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de

⁸²⁴ STF, HC 94641, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 11.11.2008.

⁸²⁵ STF, HC 93393, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 14.04.2009.

⁸²⁶ STF, HC 85401, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 04.12.2009.

⁸²⁷ STF, HC 111840, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 27.06.2012.

drogas⁸²⁸, (iii) da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo⁸²⁹, e (iv) da proibição de concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e de tráfico de drogas⁸³⁰.

Esse importante conjunto de decisões, além de reforçar o abandono do dogma da insindicabilidade de leis penais pela jurisdição constitucional, contribuíram para a formação de uma firme orientação jurisprudencial no sentido de que não são compatíveis com a Constituição certos excessos punitivos praticados pelo legislador, notadamente quando este pretenda substituir o juiz na fixação da pena compatível com a culpa do réu e proporcional à lesividade da conduta por ele praticada. É certo que, após a declaração de inconstitucionalidade da imposição de regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos, os julgamentos seguintes certamente sofreram maior influência dos aspectos jurídicos e institucionais.

Essas decisões, todavia, não podem ser explicadas unicamente pelo modelo legalista de estudo do comportamento judicial. O perfil, a ideologia e as visões de mundo dos novos Ministros que participaram desses julgamentos continuaram a ter papel fundamental nos resultados⁸³¹. Por outro lado, não se pode cair no exagero de alguns autores atitudinalistas e negar a importância do direito e dos aspectos institucionais no comportamento judicial⁸³². Em verdade, os componentes que condicionam o comportamento judicial se influenciam reciprocamente e não podem ser isoladamente considerados, sob pena de impedir a construção de modelos realistas de estudo do comportamento judicial dos Ministros do STF. A literatura produzida sobre o tema costuma enfatizar que o modelo atitudinal é mais adequado para analisar precedentes inovadores ou mudanças importantes na jurisprudência do Tribunal. Nesses casos, as preferências pessoais dos Ministros – indissociavelmente ligadas ao *background* e à formação acadêmica e profissional de cada um deles – desempenham um papel

⁸²⁸ STF, HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 01.09.2010.

⁸²⁹ STF, HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 23.06.2016.

⁸³⁰ STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012.

⁸³¹ V. SEGAL, Jeffrey.; SPAETH, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York: Cambridge University Press, 1992.

⁸³² V., a propósito, CROSS, Frank. Decisionmaking in the US Circuit Courts of Appeals. *California Law Review*, v. 91, p. 1457-516, 2003. Autores como Friedman defendem que, apesar da inegável influência das preferências ideológicas, a ênfase dada a ela na literatura atitudinal seria desproporcional. V. FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, 2005, p. 257-337.

mais acentuado. A reprodução de um precedente em casos similares reduz significativamente o papel desempenhado pelo componente ideológico dos juízes.

O primeiro precedente passa a exercer um constrangimento jurídico relevante para os juízes do Tribunal nos próximos julgamentos. Além disso, precedentes muito significativos para a história do Tribunal, usualmente associados a uma mudança profunda da compreensão sobre o sentido e alcance de direitos fundamentais e sobre o próprio papel desempenhado pelo Tribunal na relação com os demais poderes, costumam não apenas constranger juridicamente os julgamentos seguintes, como também funcionam como mecanismo de pressão institucional para a tomada de decisões pelos Ministros nos demais casos similares. De acordo com o modelo estratégico de comportamento judicial, o novo Ministro, ao buscar a aceitação dos pares, evita divergir e, por isso, acaba mais vezes compondo a maioria⁸³³. Por isso, entre os casos analisados, o peso da dimensão ideológica foi mais acentuado no primeiro julgamento – que declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos – quando comparado com os demais precedentes. Nestes últimos, os componentes jurídico e institucional passaram a desempenhar um papel de maior relevância. Isso é percebido pelo uso daquele primeiro precedente nos votos dos Ministros que formaram a corrente majoritária nos julgamentos seguintes. Não se pode desprezar, contudo, o perfil ideológico dos Ministros que participaram dos julgamentos seguintes, já que as controvérsias constitucionais neles discutidas, embora tivessem como pano de fundo o exame da constitucionalidade de leis sob a ótica do princípio da individualização da pena, diferiam substancialmente do primeiro caso em que se discutia a constitucionalidade da vedação absoluta à progressão de regime.

No julgamento que declarou a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas⁸³⁴, ficaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio. Os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie integraram por longo período o Ministério Público Federal antes de serem indicados para o STF. Embora, evidentemente, não haja uniformidade ideológica entre os membros do Ministério Público quanto ao papel do direito penal na ordem

⁸³³ Se para o modelo atitudinal, um juiz irá se comportar de acordo com suas preferências político-ideológicas, o modelo estratégico vai além e defende que juízes com as mesmas preferências político-ideológicas podem agir de forma distinta, porque existem considerações estratégicas diferentes para cada um deles. V., sobre esse modelo, EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices judges make*. Washington: CQ Press, 1998. Esses autores justificam a tendência à seguir a jurisprudência majoritária do Tribunal como “aversão a dissentar”.

⁸³⁴ STF, HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 01.09.2010.

jurídica, é certo, por outro lado, que os juízes que passaram longos períodos da vida profissional atuando como acusadores tendem a ter uma visão menos liberal ao examinar questões criminais. Essa impressão se confirmou no caso dos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie: ambos foram considerados conservadores em matéria criminal em suas respectivas atuações no STF.

O Ministro Marco Aurélio, conhecido como um juiz constitucional liberal em matéria penal, depois de seu voto favorável à invalidação da imposição de regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos, passou a adotar postura de maior deferência ao legislador criminal. Após esse primeiro passo, ficou vencido em todos os demais julgamentos em que o tema foi debatido no Plenário do Tribunal, votando pela constitucionalidade da vedação à substituição da pena de prisão por restritiva de direito para condenados por tráfico de drogas (ainda que na forma privilegiada), da imposição obrigatória de regime inicial fechado para os crimes hediondos, e até da prisão preventiva obrigatória para investigados e processados por crimes hediondos e de tráfico de drogas. Nesse julgamento acerca da possibilidade de substituição da pena, por exemplo, reduziu a amplitude do suporte fático do princípio da individualização da pena e reconheceu que, como o legislador estava autorizado a impor as condições necessárias à substituição da pena de prisão por restritivas de direito, não haveria inconstitucionalidade na opção legislativa.

Já o Ministro Celso de Mello adotou caminho oposto ao do Ministro Marco Aurélio. Em um primeiro momento, defendeu a constitucionalidade da imposição obrigatória do regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos, ocasião em que sustentou que o controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil deveria se limitar a expurgar do ordenamento normas que contrariassem regras expressas da Constituição. Mais tarde, abandonou essas premissas e compôs a corrente majoritária de todos os julgamentos, analisados acima, que resultaram em declaração de inconstitucionalidade por violação ao princípio da individualização da pena. Atualmente, o Ministro Celso de Mello é tido como um juiz liberal em matéria penal, tendo votado, por exemplo, pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto de feto anencefálico⁸³⁵, da criminalização da “marcha da maconha”⁸³⁶, da execução provisória da pena e também da condução coercitiva de investigados⁸³⁷.

⁸³⁵ STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 12.04.2012.

⁸³⁶ STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 15.06.2011.

⁸³⁷ STF, ADC 43 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 05.10.2016.

Tanto no julgamento que resultou na declaração da inconstitucionalidade da imposição legal obrigatória de regime inicialmente fechado para crimes hediondos⁸³⁸ como naquele que declarou a inconstitucionalidade da proibição de concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e de tráfico de drogas⁸³⁹, ficaram vencidos os Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. No julgamento que resultou na declaração da inconstitucionalidade da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo, ficaram vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. A surpresa nesse precedente foi a mudança de postura do Ministro Dias Toffoli, que até então vinha compondo a corrente majoritária ao adotar um escrutínio mais rigoroso no exame da constitucionalidade das leis penais. Nesse caso, o Ministro Dias Toffoli, alinhando-se à postura mais conservadora dos Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, defendeu não apenas a adoção de maior grau de deferência ao legislador criminal, como também o respeito à determinação constitucional obrigatória de um tratamento mais rigoroso para o crime de tráfico de drogas, e, por fim, que um tratamento mais brando constituiria um incentivo para a prática da conduta criminosa. Como se vê, os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Luiz Fux defenderam repetidamente a adoção de uma postura altamente deferente ao legislador penal e contrários à utilização do princípio da individualização da pena e da proporcionalidade como fundamentos para a declaração da inconstitucionalidade de leis penais bastante rigorosas.

Já a Ministra Cármen Lúcia, em algumas oportunidades defensora de teses bastante conservadoras em matéria criminal no STF, nem sempre compôs, nesse conjunto de decisões que declararam a inconstitucionalidade de normas penais, a corrente minoritária. Nesses importantes casos, a Ministra, embora tenha entendido como constitucional a vedação à conversão da pena de prisão em restritivas de direito para condenados por tráfico de drogas, declarou a inconstitucionalidade da imposição legal obrigatória de regime inicialmente fechado para crimes hediondos, da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo e da proibição de concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e de tráfico de drogas. Não é possível afirmar, portanto, que a Ministra Cármen Lúcia se alinhou à corrente mais conservadora e deferente ao legislador penal no controle de constitucionalidade das leis penais.

⁸³⁸ STF, HC 111840, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 27.06.2012.

⁸³⁹ STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012.

Os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski compuseram a maioria que declarou inconstitucional a vedação à substituição da pena para condenados por tráfico de drogas. A Ministra Rosa Weber se juntou aos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski para formar a corrente majoritária no julgamento que declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para condenados por crimes hediondos. Os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin formaram, ao lado dos Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, a corrente majoritária que declarou a inconstitucionalidade da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo. Por fim, os Ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Joaquim Barbosa ficaram vencidos ao defender a inconstitucionalidade da vedação à aplicação da suspensão condicional do processo e da pena aos crimes militares. Nesse último caso, compuseram a maioria os Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Para além dos seis precedentes examinados nesse capítulo – que permitem reconstruir a trajetória da jurisprudência do STF no campo do controle de constitucionalidade de leis penais –, o Tribunal tem sido chamado a decidir questões altamente relevantes em matéria penal nos últimos anos. A composição atual do STF decidiu, por exemplo, ser constitucional a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância⁸⁴⁰, julgou que a Corte pode decretar o afastamento de um parlamentar do mandato em situações excepcionais, mas delegou a palavra para a execução da medida ao Congresso⁸⁴¹, e também entendeu ser inconstitucional a utilização da condução coercitiva contra investigados e réus⁸⁴². Todos esses julgamentos foram resolvidos por uma maioria apertada de seis votos contra cinco. Contudo, nem sempre as correntes majoritária e minoritária foram compostas pelos mesmos Ministros.

⁸⁴⁰ STF, HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 17.02.2016; ADC 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 05.10.2016; ARE 964246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 10.11.2016.

⁸⁴¹ O Plenário do STF decidiu que o Poder Judiciário tem competência para impor a parlamentares as medidas cautelares do artigo 319 do CPP. Apenas no caso da imposição de medida que dificulte ou impeça, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato, a decisão judicial deve ser remetida, em 24 horas, à respectiva Casa Legislativa para deliberação, nos termos do artigo 53, § 2º, da Constituição Federal (ADI 5526, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, j. em 11.10.2017.. Sobre o alcance dessa decisão, v. BATINI, Silvana. Prisões de parlamentares e o Supremo. *JOTA*, 01 dez. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/NXipLu>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁸⁴² O Plenário do STF declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, constante do artigo 260 do CPP, não foi recepcionada pela Constituição de 1988 (ADPF 395 e 444, Rel. Min. Gilmar Mendes). A síntese do julgamento, cujo acórdão ainda não foi publicado, está disponibilizada na página do STF na internet: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510&caixaBusca=N>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

Os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli apresentaram votos no sentido de limitação do poder punitivo do Estado em todos esses casos⁸⁴³: declararam a inconstitucionalidade da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, a possibilidade de o Congresso Nacional revogar medidas cautelares impostas a parlamentares que os impeça de exercer o mandato, e também a inconstitucionalidade da utilização da condução coercitiva contra investigados. Já os Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Luiz Fux estiveram em todos esses precedentes na posição de defesa de um maior rigor na aplicação do direito penal. Por sua vez, os Ministros Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia compuseram a maioria que permitiu que as Casas Legislativas revogassem medidas cautelares impostas aos parlamentares federais que os impedissem de exercer seus mandatos, mas votaram pela constitucionalidade da execução antecipada da pena após a condenação em segunda instância e pela possibilidade de conduzir coercitivamente investigados. Já os Ministros Celso de Mello e Ministra Rosa Weber votaram pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, pela inconstitucionalidade da condução coercitiva de investigados, mas consideraram inviável a revogação pelo Poder Legislativo de medidas cautelares penais aplicadas pelo STF a parlamentares federais.

Essas três últimas decisões do STF que realizaram controle de constitucionalidade de normas processuais penais não são suficientes para traçar um perfil ideológico claro – mais liberal ou mais conservador – de cada um dos seus juízes no campo penal. Desses três casos, apenas um tem espectro de aplicação mais alargado e compreende o modo de funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro de forma mais geral: o que definiu, em caráter precário, a constitucionalidade da execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau. Os outros dois temas têm incidência mais restrita. A condução coercitiva de investigados e réus, embora tenha recebido algum impulso no âmbito da conhecida *operação lava-jato*, não constitui medida cautelar empregada de forma sistemática nas centenas de milhares de processos criminais em curso no país. E a aplicação de medidas cautelares pessoais a parlamentares federais, como evidente, constitui medida tão excepcional, que não permite caracterizar os Ministros que ficaram vencidos – defendendo a tese da impossibilidade de revisão pela Casa Parlamentar da medida cautelar de afastamento do mandato – como

⁸⁴³ Isso, é claro, não significa que em todos esses casos a contenção deve ser entendida como legítima. Veja-se, a título ilustrativo, a decisão que autorizou o o Congresso Nacional a revogar medidas cautelares impostas a parlamentares que os impeça de exercer o mandato.

conservadores em matéria penal. Muito pelo contrário, referida decisão representou, a meu ver, ilegítima contenção do exercício punitivo estatal, ao impedir o exercício do poder cautelar pelo Judiciário, violando a reserva de jurisdição e conferindo indevida interpretação extensiva à imunidade formal dos parlamentares, que configura exceção ao princípio republicano.

Tanto isso é verdade que o Ministro Luís Roberto Barroso – que votou pela constitucionalidade da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, pela impossibilidade de o Congresso Nacional revogar medidas cautelares impostas a parlamentares que os impeça de exercer o mandato, e também pela constitucionalidade parcial da utilização da condução coercitiva contra investigados e réus – votou pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a réus não primários⁸⁴⁴, pela inconstitucionalidade da criminalização de porte de drogas ilícitas para uso próprio⁸⁴⁵ e pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto praticado até o terceiro mês de gestação⁸⁴⁶. O Ministro Edson Fachin acompanhou o Ministro Luís Roberto Barroso nesses dois últimos casos.

A resenha jurisprudencial acima apresentada sinaliza a dificuldade de enquadramento do comportamento judicial dos Ministros do STF no controle de constitucionalidade de leis penais. A variedade e complexidade dos temas enfrentados pelo Tribunal torna a análise do comportamento judicial de cada um dos Ministros do STF nesse campo bastante problemática. Entretanto, é possível extrair algumas conclusões parciais que oferecem sinais das preferências pessoais dos Ministros que atualmente compõem o STF no contexto do controle de constitucionalidade de leis penais.

Os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber apresentaram uma postura mais liberal nos casos examinados, se dispondo a controlar mais intensamente a constitucionalidade de leis penais à luz dos princípios constitucionais da individualização da pena, da culpabilidade e da proporcionalidade. Os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio se alinharam a um padrão mais conservador na quase totalidade dos casos analisados, apresentando um grau mais elevado de deferência ao legislador criminal. Os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin mostraram ser mais liberais no campo do direito penal material clássico, especialmente em

⁸⁴⁴ STF, HC 123734, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015.

⁸⁴⁵ STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno (julgamento ainda não concluído).

⁸⁴⁶ STF, HC 124306, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 09.08.2016.

controvérsias que envolvem questões moralmente controvertidas – como a criminalização da prática do aborto e do porte de drogas ilícitas para consumo próprio –, ao passo que mostraram maior rigor na aplicação do direito penal envolvendo crimes de colarinho branco e autoridades com prerrogativa de foro. Já os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia formaram, na maior parte dos casos analisados, a corrente majoritária pela declaração de inconstitucionalidade de leis penais mais gravosas que restringiam a liberdade do juiz na aplicação da pena e de outras medidas cautelares. Os três primeiros também mostraram uma postura mais liberal na aplicação do direito penal envolvendo crimes de colarinho branco e autoridades com prerrogativa de foro. O Ministro Alexandre de Moraes, com menor tempo de atuação no STF, não participou do julgamento da quase totalidade dos casos examinados, e também não revelou, nos casos envolvendo controle de constitucionalidade de leis processuais penais, uma adesão clara a um perfil mais liberal ou mais conservador⁸⁴⁷.

4.3 Uma síntese da jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade de leis penais: as alterações do grau de deferência ao legislador e o papel do princípio da individualização da pena

No caso da decisão que declarou a inconstitucionalidade da imposição de regime integralmente fechado para todos os crimes hediondos, (i) a gravidade da restrição à liberdade dos condenados, (ii) a evidente contrariedade à função de ressocialização da pena e (iii) até mesmo a crueldade revelada para imposição de uma pena em que o apenado não enxerga nenhuma possibilidade de progressiva reintrodução na sociedade e na família se revelaram argumentos bastante convincentes – para além da violação ao princípio da individualização da pena – para a declaração de inconstitucionalidade da versão originária do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.

As duas decisões que se seguiram à declaração da inconstitucionalidade da imposição de cumprimento da pena em regime integralmente fechado para os crimes hediondos – inconstitucionalidade da imposição legal obrigatória de regime inicialmente fechado para crimes hediondos e a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de

⁸⁴⁷ O Ministro Alexandre de Moraes aderiu à maioria que permitiu que as Casas Legislativas revogassem medidas cautelares impostas aos parlamentares federais que os impedissem de exercer seus mandatos, mas votou pela constitucionalidade da execução antecipada da pena após a condenação em segunda instância e pela possibilidade de conduzir coercitivamente investigados.

liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas – exigiram mais, sob o ponto de vista do ônus argumentativo de que o STF deve se desincumbir para declarar nulas essas leis penais, do princípio da individualização da pena.

Em um primeiro momento, a opção legislativa de impor o regime inicial fechado obrigatório para os crimes hediondos foi vista como uma forma de compatibilizar a declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime afirmada pelo STF com a suposta necessidade de criar um subsistema punitivo mais gravoso para esse grupo de delitos caracterizados pela hediondez. De um lado, o legislador havia incorporado à ordem jurídica a proibição de progressão de regime, mas, de outro, optara por impor o regime inicial fechado para todos os condenados por crimes hediondos, retirando do juiz a possibilidade de fixar o regime prisional de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto (*e.g.*, gravidade da lesão ao bem jurídico e circunstâncias pessoais do agente).

Para enfrentar a controvérsia quanto à constitucionalidade dessa nova regra – que impunha aos condenados por crimes hediondos o regime inicial obrigatoriamente fechado –, o STF já não dispunha de todo o arsenal argumentativo utilizado no precedente que afirmou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, pois a possibilidade de progressão de regime arrefecia o impacto negativo da decisão legislativa na concretização dos princípios da humanidade e da função ressocializadora da pena. Mesmo assim, o STF decidiu que o legislador não poderia determinar aprioristicamente o regime prisional mais gravoso em razão da gravidade abstrata dos delitos hediondos.

Ao contrário do que se poderia imaginar, o STF não afirmou que o regime jurídico da punição dos crimes hediondos deveria ser necessariamente idêntico ao regime geral estabelecidos para os delitos comuns no Código Penal. Basta ver que o STF considera legítima a regra que impõe, para a concessão da progressão de regime no caso de crime hediondo, o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente para a progressão do regime prisional, em vez da exigência de 1/6 da pena aplicável para os crimes comuns⁸⁴⁸. Do mesmo modo, o STF considera compatível com a Constituição exigir o

⁸⁴⁸ V., por todos, o seguinte precedente: “Relativamente aos crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto no § 2º do art. 2º da referida lei, ou seja, 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente” (STF, HC 104721, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 07/02/2012).

cumprimento de 2/3 da pena para a obtenção de livramento condicional para os condenados por crimes hediondos⁸⁴⁹. Apesar disso, o STF considerou que a fixação do regime prisional inicial para cumprimento da pena deveria ser obrigatoriamente deixada a cargo do Judiciário, que decidirá conforme a gravidade concreta do delito e as circunstâncias subjetivas do agente.

Também na decisão que declarou a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena de prisão por restritivas de direito para condenados por tráfico de drogas, o STF entendeu que, embora o legislador dispusesse de certa margem de apreciação para identificar as hipóteses em que a conversão da prisão em penas alternativas pudesse ocorrer, não se poderia proibir essa substituição de modo apriorístico a partir unicamente do tipo penal pelo qual o indivíduo era condenado. O próprio Código Penal estabelece um regime jurídico geral para a substituição da pena de prisão por restritivas de direito que contém certas restrições de caráter geral – não é possível, por exemplo, a substituição quando a pena ultrapasse o patamar de quatro anos ou quando o crime tenha sido cometido com violência ou grave ameaça –, as quais sempre foram consideradas pelo STF como compatíveis com a Constituição⁸⁵⁰.

A diferença traçada pelo STF para legitimar a declaração de inconstitucionalidade da regra que vedada a substituição da pena de restritiva de liberdade por restritivas de direito e, ao mesmo tempo, manter válida a regra contida no art. 44 do CP, como apontaram os Ministros Carlos Ayres e Cezar Peluso, foi a de que ao legislador é dado fazer distinções com base na gravidade concreta da conduta punível, mas não com base na gravidade abstrata do delito isoladamente considerada. Esse raciocínio que já conduzia a jurisprudência do STF sobre o tema da prisão preventiva – não se admite a decretação da prisão preventiva com base na gravidade abstrata do delito, mas apenas na sua gravidade concreta (intensidade e modo de agressão ao bem jurídico tutelado)⁸⁵¹ – acabou ganhando relevância também na definição do

⁸⁴⁹ STJ, HC 96260, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 08.09.2009.

⁸⁵⁰ Em síntese, a jurisprudência do STF tem afirmado que “as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (i) aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (ii) o réu não for reincidente em crime doloso; (iii) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (redação do art. 44 do Código Penal)” (STF, HC 138828, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 30.05.2017).

⁸⁵¹ Confira-se a jurisprudência do STF: “A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado” (STF, HC 92751, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 09.08.2011). Juarez Tavares afirma que “o art. 59 se refere à reprovação, fá-lo no sentido de exigir que a pena aplicada deva ser proporcional ao dano ou ao perigo ao

âmbito de conformação do legislador tanto do estabelecimento do regime prisional como na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sem questionar a constitucionalidade das regras que estabelecem as condições para fixação do regime prisional previstas no Código Penal (art. 33) e das regras que fixam os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena de prisão por restritivas de direito (art. 44 do CP), o STF considerou que a opção legislativa de escolher previamente, a partir do tipo penal – e da sua gravidade abstratamente considerada –, o regime prisional inicial e a possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito afrontaria o princípio da individualização da pena.

A decisão do STF de declarar a inconstitucionalidade da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo se baseou em uma série de fundamentos⁸⁵². Esteve presente nos votos que formaram a corrente majoritária uma preocupação com a manutenção de certa coerência lógica ou substancial entre a gravidade dos delitos agrupados pelo Constituinte no inciso XLIII do art. 5º da CF e o rol de crimes considerados hediondos pelo legislador. Além disso, como bem ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, a Constituição abriu espaço ao legislador para criar vários tipos delitos em torno do crime principal de tráfico de drogas, não tendo imposto ao Congresso a obrigatoriedade de dar igual tratamento punitivo a todos eles.

Assim, a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, Lei 11.343/2006 – embora não constitua um crime autônomo – instituiu uma forma de punição bastante diferente e menos rigorosa para o pequeno “traficante eventual” que não seria compatível com o modo particularmente gravoso com que se tratam os condenados por crimes hediondos, notadamente em relação à progressão de regime e ao livramento condicional. Para isso contribuiu não apenas o princípio da individualização da pena – que sofria importante restrição pela opção do legislador de obstar a aplicação de medidas restritivas de direito para uma forma de tráfico punida com sanção bastante reduzida (a pena mínima após a incidência dessa causa de redução

bem jurídico” (TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de repressão*. Rio de Janeiro: Revan, 2011).

⁸⁵² Embora o precedente não tenha reconhecido expressamente que a decisão consubstanciava típico caso de controle de constitucionalidade da lei, o fato é que a atividade desempenhada pelo STF foi de interpretar o art. 33, § 4º, e art. 44, ambos da Lei 11.343/06, à luz da Constituição, excluindo a interpretação segundo a qual o tráfico privilegiado – hipótese prevista na lei (art. 33, § 4º) – poderia ser considerado hediondo.

da pena era de um ano e oito meses de reclusão)⁸⁵³ – como também o princípio da proporcionalidade. Isso porque, segundo os votos dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, fatos puníveis com a mesma intensidade tinham tratamento muito mais benéfico pelo legislador, o que demonstraria, quando menos, uma violação ao subprincípio da necessidade.

Nessa decisão, alguns votos, notadamente os proferidos pelos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, também se basearam na violação ao princípio da legalidade. Isso porque a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) não teria feito expressa opção, em seu art. 44, por afastar a possibilidade de substituição da pena de prisão por restritivas de direito tanto para essa forma de traficância de menor gravidade (art. 33, §4º) como para outras formas delitivas previstas na lei (oferecimento para consumo conjunto – art. 33, §3º). Diante da falta de clareza e precisão quanto à opção legislativa de vedar a substituição da pena para o assim considerado pequeno “traficante eventual”, não se poderia fazer uma leitura extensiva, quiçá analógica, para estender a proibição à aplicação de penas restritivas de direito à hipótese não prevista expressamente na Lei 11.343/2006.

As decisões do Plenário do STF que paulatinamente construíram uma atual sólida jurisprudência no sentido de que são inconstitucionais todas as formas de prisão preventiva obrigatórias por força de lei deram um novo sentido ao princípio da individualização da pena. Os Ministros Carlos Ayres e Rosa Weber manifestaram entendimento de que esse princípio atingiria não apenas o momento da fixação da pena pelo juiz, mas também o momento da decretação da prisão provisória, que não pode ser determinada aprioristicamente pelo legislador. Somente por meio de decisão judicial devidamente fundamentada se pode manter qualquer pessoa privada da sua liberdade. Dessa forma, a prisão em flagrante não mais se constitui como um título autônomo apto a amparar a manutenção das pessoas acusadas da prática de crimes hediondos. Ela constitui mera medida administrativa, pré-processual, que se exaure com a entrega da pessoa ao juiz, que então decidirá pela decretação da prisão preventiva, motivadamente e com base nos requisitos previstos no art. 312 do CPP, ou pela concessão de liberdade provisória, com ou sem aplicação de outras medidas cautelares (art. 319 do CPP).

⁸⁵³ Conforme a atual jurisprudência do STF, “no crime de tráfico de drogas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades ilícitas nem integre organização criminosa” e a “a exclusão da causa de diminuição, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, somente se justifica quando indicados expressamente os fatos concretos comprovando que a denominada ‘mula’ integre a organização criminosa” (HC 139327, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 18.04.2017).

É certo que a Constituição – (i) ao criar a categoria amorfa dos delitos hediondos, cujo conteúdo dependeria da atividade legislativa posterior, (ii) impor inafiançabilidade a diversos delitos (racismo, tortura, tráfico de ilícito de drogas, o terrorismo, os crimes hediondos, ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constituição e o Estado Democrático), e (iii) sugerir a necessidade de tratamento mais rigoroso para esses crimes – gerou incentivos para o progressivo endurecimento das leis penais. A pena de prisão foi ganhando cada vez mais centralidade na legislação brasileira produzida após a promulgação da Constituição. O Congresso Nacional aprovou sucessivas leis para aumentar o tempo de prisão e, simultaneamente, para dificultar o acesso dos apenados à progressão de regime, ao livramento condicional, ao indulto e à aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1999.

Não há dúvida de que o maior crime contra a humanidade em curso no Brasil se passa nas penitenciárias. Sem reduzir a relevância de outras formas de violação a direitos humanos no Brasil – escravidão, trabalho infantil, tolerância com a miséria e a fome, entre outros –, nenhum programa de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais é praticado de forma tão direta, com exclusividade, pelo próprio Estado. Se hoje o sistema penitenciário foi reconhecido pelo STF como um verdadeiro *estado de coisas inconstitucional*, não se pode desprezar que a situação estaria ainda muito pior não fossem as sucessivas declarações de inconstitucionalidade de leis penais pelo STF nos últimos anos, notadamente desde 2006.

O apetite punitivo do Congresso Nacional passou a enfrentar alguma resistência por parte do STF a partir da primeira e relevantíssima decisão que declarou, com mais de quinze anos de atraso, a inconstitucionalidade da imposição de regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos (cujo rol também foi aumentado ao longo dos anos). A partir desse momento, se abandonou o mantra da insindicabilidade das leis penais pela jurisdição constitucional. O STF dos primeiros anos após a promulgação da Constituição afirmava que o controle de constitucionalidade das leis penais constituiria uma forma ilegítima de invasão da competência exclusiva do legislador para criar a política criminal do país. Nesse primeiro momento, o Tribunal incorporou a tese de que a Constituição não ofereceria nada mais do que algumas poucas limitações materiais baseadas na proibição da aplicação de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (ou explicitamente cruéis). O grau de deferência ao legislador era máximo: o STF não declararia nenhuma lei penal

inconstitucional se não houvesse uma inconstitucionalidade formal (baseada na violação de regra constitucional do processo legislativo) ou uma inconstitucionalidade material fundada na violação do inciso XLVII do art. 5º da Constituição. Desde os primeiros pronunciamentos do STF declarando a constitucionalidade da versão originária do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, nos anos de 1992 e 1993 até o ano de 2006, quando enfim essa regra chapadamente ilegítima foi declarada inconstitucional, o direito penal se constituía como um setor do direito em que vigia uma quase-soberania parlamentar.

A declaração de inconstitucionalidade da do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, pelo STF em 2006, abriu caminho para outros importantes avanços do controle de constitucionalidade das leis penais. O mesmo fundamento que amparou a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90 – a violação ao princípio da individualização da pena – serviria mais tarde para declarar também a inconstitucionalidade da imposição do regime inicial fechado obrigatório para os crimes hediondos, a vedação à substituição da pena de prisão por restritivas de direitos para o crime de tráfico e até mesmo a proibição de concessão de liberdade provisória para diversos delitos.

A decisão que reconheceu que o tráfico privilegiado (art. 33, §4º, Lei 11.343/2006) não possuía o caráter de hediondez foi o primeiro passo, ainda tímido, na direção do controle da legitimidade das opções legislativas de imputação da qualidade de hediondo a certos delitos. Essa decisão apresentou ainda outros dois avanços relevantes no campo do controle de constitucionalidade das leis penais: o princípio da proporcionalidade foi utilizado de forma mais rigorosa – na medida em que a violação ao subprincípio da necessidade resultou da comparação do tratamento jurídico-penal que o próprio legislador conferia a delitos aos quais atribuía pena semelhante – e o princípio da legalidade foi levado mais a sério. Ninguém havia notado, antes do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, que a própria Lei de Drogas não tinha sido clara ao conferir o caráter de hediondez ao tráfico privilegiado (art. 44 da Lei 11.343/2006). A falta de clareza e precisão da norma penal, nesse caso, contribuiu para o reconhecimento da solução interpretativa mais favorável ao réu: o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda⁸⁵⁴.

⁸⁵⁴ A interpretação das normas penais é também regida pelo princípio *in dubio pro reo*. A dúvida persistente quanto ao alcance da norma penal deve, em último caso, ser resolvida em favor do réu. A propósito, a valiosa contribuição de Nelson Hungria: “No caso de irreduzível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio do *in dubio pro reo* (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que não seja possível descobrir-se a voluntas legis, deve guiar-se o intérprete pela

Por fim, e mais recentemente, o STF afirmou a constitucionalidade da proibição de aplicação dos institutos da suspensão condicional do processo e da pena aos crimes militares. Considerou-se que o grau de deferência do Tribunal em relação ao legislador penal deveria mais acentuada quando a restrição ao princípio da individualização da pena se desse no campo dos crimes militares. Esse tratamento mais gravoso dado pelo legislador aos crimes submetidos à justiça militar – que, segundo a corrente minoritária formada por cinco Ministros, andaria na contramão dos precedentes anteriores – se justificaria na medida em que serviria à preservação da hierarquia e da disciplina próprias das Forças Armadas. Com efeito, a jurisprudência do STF já havia reconhecido, alguns anos antes, que o maior rigor penal dado ao direito penal militar seria uma decorrência do modo peculiar pelo qual a Constituição estabelece o regime jurídico castrense marcado pelos princípios da hierarquia e da disciplina. Por essa razão, o STF considerou não ser aplicável o princípio da insignificância ao delito de uso de entorpecentes no ambiente castrense por militares⁸⁵⁵. Como também reconheceu a Corte constitucional da Colômbia, “[o] direito penal militar é um direito especial no qual a maioria dos crimes incluídos no Código Penal Militar, supõe a infração grave dos deveres especiais que se relacionam com a disciplina à qual os militares estão obrigados e com os deveres especiais, em relação ao serviço, precisamente por este motivo, o legislador concedeu-lhes um bônus de ilegalidade, excluindo-os dos benefícios ou substitutos criminais”⁸⁵⁶.

O problema mais acentuado dessa orientação jurisprudencial não reside propriamente na aplicação de um tratamento mais gravoso aos militares, mas na incidência desse regime punitivo mais severo – a vedação absoluta de concessão de suspensão condicional do processo e da pena baseada exclusivamente na natureza militar do delito já colocaria essa restrição legal sob suspeita – aos civis, que atualmente, por força da jurisprudência atual do STF⁸⁵⁷, podem se submeter a julgamento criminal pela Justiça Militar, mesmo em tempos de paz. Ainda que se

conhecida máxima: favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário” (HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*, volume I. São Paulo: Forense, 1958, p. 86).

⁸⁵⁵ STF, HC 104923, Rel. Min. Celso de Mello, Red. p/ Acórdão Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. em 26.10.2010.

⁸⁵⁶ TCC, Sentencia C-709/02.

⁸⁵⁷ Confirma-se trecho da ementa de recente precedente do STF: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes praticados por civil, em tempo de paz, quando há lesão ao patrimônio sob a administração militar” (HC 125865 AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 23.02.2018).

admita a correção do precedente que afirmou a constitucionalidade da proibição de aplicação dos institutos da suspensão condicional do processo e da pena aos crimes militares, essa restrição ao princípio da individualização da pena não deve ser aplicada aos civis processados pela Justiça Militar.

Em primeiro lugar, porque, como também já reconheceu o STF em precedentes anteriores, civis sequer poderiam ser julgados pela Justiça Militar em tempos de paz⁸⁵⁸. Em segundo lugar, porque, ainda que se admita ser a Justiça Militar competente para julgar civis em tempos de paz – o que configuraria chapada afronta à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos –, aos civis não se poderia aplicar a restrição à aplicação dos institutos da suspensão condicional do processo e da pena. Isso porque a justificativa constitucional utilizada pelo STF para afirmar a constitucionalidade da proibição de aplicação dos institutos da suspensão condicional do processo e da pena aos crimes militares – a preservação dos princípios da hierarquia e da disciplina – simplesmente não incide sobre os civis, mas apenas sobre os militares. Nos casos em que civis respondem na Justiça Militar por crimes de menor relevância, como desacato ou desobediência⁸⁵⁹, se deve garantir a plena aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995. Essa interpretação que garante a plena incidência dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995 aos civis processados perante a Justiça Militar já foi abonada em precedente do próprio STF⁸⁶⁰.

Essa sequência de decisões resenhadas neste capítulo bem demonstra que o STF, sem desconhecer que o Congresso Nacional dispõe de ampla margem de configuração ou de discricionariedade no campo penal, passou a reconhecer que o legislador penal não gozaria de uma liberdade absoluta para conformar a política criminal. Superou-se o dogma de que a política criminal consubstanciaria uma verdadeira *political question*, insuscetível de controle por parte da jurisdição constitucional. Afastou-se, com isso, a renovação moderna da posição de que o “direito fundamental à segurança” poderia “devorar” todos os demais direitos

⁸⁵⁸ Nesse sentido, STF, HC 112936, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 05.02.2013.

⁸⁵⁹ A jurisprudência do STF tem tolerado o julgamento pela Justiça Militar de civis acusados de desacato ou de desobediência: “Compete à Justiça Militar processar e julgar civil acusado de desacato e desobediência praticados contra militar das Forças Armadas que ‘exercem múnus tipicamente castrense, decorrente da própria Constituição da República, a saber: a garantia da ordem’” (ARE 800119 AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 10.05.2016).

⁸⁶⁰ STF, HC 99743, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 06.10.2011.

fundamentais⁸⁶¹. Como se viu, o STF construiu, nos últimos doze anos, orientação jurisprudencial segundo a qual a competência do Congresso Nacional de criar tipos penais e lhes cominar o modo de punição encontra limites jurídico-normativos na Constituição, notadamente nos princípios e direitos fundamentais por ela consagrados⁸⁶². Esse processo de progressiva juridicização do direito penal passou a contar, pela primeira vez no Brasil, com a jurisdição constitucional como mecanismo de controle da legitimidade dos atos legislativos no campo penal.

A Corte constitucional da Colômbia traduziu a mudança de postura da jurisdição constitucional em relação ao direito penal ao afirmar que, em uma forma de Estado em que a dignidade humana ocupa um lugar privilegiado, os direitos fundamentais e princípios constitucionais devem funcionar como limites substantivos. Essa Corte chegou a afirmar, em termos gerais, que *“somente a utilização limitada, justa e ponderada da coerção estatal, destinada a proteger direitos e liberdades, é compatível com os valores e fins do ordenamento”*. Também consagrou a premissa fundamental de que *“o critério político-criminal do legislador é suscetível de se controverter em sede de juízo de inconstitucionalidade”*, o que ocorre *“quando esse critério tenha levado à expedição de normas contrárias à Constituição”*. Nesses casos, *“o que se questionaria não seria um modelo de política criminal em si, mas a legitimidade de regras de direito por sua contrariedade com a Constituição”*, de modo que *“a decisão de as retirar do ordenamento jurídico tenha como referente essa contrariedade, e não o critério da política criminal que elas envolvem”*⁸⁶³.

Na mesma direção, o Tribunal constitucional da Espanha preferiu, em um primeiro momento, adotar uma postura de profunda deferência ao legislador penal. Afirmava, na década de 90, que competia ao legislador com exclusividade o poder *“para configurar bens protegidos criminalmente, comportamento criminalmente repreensível, o tipo e a quantidade de sanções criminais, e a proporção entre os comportamentos que ele pretende evitar e as penalidades com as quais ele tenta alcançá-lo”* e que essa configuração implicava *“um julgamento*

⁸⁶¹ V., DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 252, tradução livre do autor.

⁸⁶² A jurisprudência brasileira, nesse particular, comparte as mesmas premissas essenciais afirmadas pela Corte constitucional da Colômbia. A ampla margem de discricionariade deferida ao legislador criminal para definir e concretizar a política criminal no país deve conviver com os limites explícitos e implícitos contidos na Constituição. Cf. TCC, Sentencia C-247 de 2004.

⁸⁶³ TCC, Sentencia C-468/09.

complexo de oportunidade”, em que o legislador gozava de ampla margem de liberdade. Com base nessas premissas, o Tribunal afirmava que o controle de constitucionalidade de leis penais deveria ser “*muito cauteloso*”, limitando-se a verificar se “*a norma criminal não produz um desperdício patente de coerção que torne a norma arbitrária e que mina os princípios elementares de justiça inerentes à dignidade da pessoa e ao Estado de Direito*”⁸⁶⁴.

Mais recentemente, aquela postura de máxima autocontenção tem sido amenizada à medida que o Tribunal reconhece que deve realizar um controle mais rigoroso da constitucionalidade das leis penais. Em julgamento do ano de 2010, o Tribunal constitucional da Espanha afirmou que “*a própria Constituição, longe de sujeitar a ação do legislador aos mesmos limites substantivos independentemente do objeto sobre o qual é projetada ou do tipo de decisões que ela incorpora, contempla limites mais exigentes no caso de normas criminais do que no caso de outras decisões do primeiro, devido, precisamente, ao alcance dos efeitos que delas derivam, uma vez que quanto mais intensa a restrição dos princípios constitucionais e, em particular, dos direitos e liberdades reconhecidos no texto constitucional, mais exigentes são os pressupostos substantivos da constitucionalidade da medida que os gera*”⁸⁶⁵.

Esse primeiro ponto de referência, embora não ofereça critérios objetivos para o modo como essa competência seria concretamente exercitada, indica a superação do dogma da insindicabilidade jurisdicional da constitucionalidade das leis penais. Afirma-se, assim, a possibilidade de o Tribunal constitucional examinar a constitucionalidade das leis penais, com deferência à margem de apreciação do legislador, mas sem desprezar a possibilidade de que a intervenção legislativa nesse campo possa contrariar direitos fundamentais e princípios constitucionais⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ TCE, STC 136/1999, de 20 de julho; SSTC 55/1996, de 28 de março; 161/1997, de 2 de outubro.

⁸⁶⁵ TCE, STC 60/2010, de 7 de outubro de 2010.

⁸⁶⁶ O Tribunal constitucional da Espanha tem afirmado essa mesma premissa geral: “o controle da lei penal que este Tribunal tem desempenhado deve ser presidido, em qualquer caso, pelo reconhecimento da competência exclusiva do legislador para projetar política criminal, sendo responsável por uma ampla margem de liberdade dentro dos limites da Constituição para a configuração de ambos a propriedade protegida e comportamento criminalmente reprovável, tais como o tipo e quantidade de sanções penais, ou a relação entre os comportamentos que procura evitar e penalidades com a tentativa de obter” (SSTC 55/1996, j. em 28/03/1996). O mesmo Tribunal já afirmou que “o julgamento da constitucionalidade que nos interessa não se ocupa, portanto, das questões relativas à eficácia, conveniência ou correção técnica da regra, mas apenas para julgar se foram respeitados os limites externos que a intervenção legislativa imposta pelos princípios constitucionais invocados pelo órgão questionador (SSTC 45/2009, j. em 19.02.2009), razão pela qual “uma solução hipotética expurgando uma lei criminal não afirma nada mais nem nada menos que sua sujeição à Constituição, sem implicar, portanto, qualquer outro tipo de avaliação positiva sobre ela” (STC 59/2008, j. em 14.05.2008).

A trajetória da jurisprudência do STF, traçada acima, demonstra, portanto, que o Tribunal passou a reconhecer a necessidade e a viabilidade do controle efetivo da constitucionalidade das leis penais, e que tal diretriz se construiu principalmente em torno da discussão sobre a legitimidade de normas penais que restringiam a atividade judicial de individualização da pena.

4.4 Releitura crítica da jurisprudência do STF: a individualização da pena como função garantidora dos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade

Como visto, o legislador penal brasileiro instituiu, em ocasiões diversas: (i) regime integralmente fechado para crimes hediondos; (ii) regime inicial obrigatoriamente fechado para crimes hediondos; (iii) vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito para o crime de tráfico de drogas; (iv) a vedação à liberdade provisória para diversos crimes (*e.g.*, hediondos, tráfico de drogas, delitos previstos no Estatuto do Desarmamento). Em todos esses casos, o legislador reduziu o espaço judicial de determinação da pena e do seu modo de cumprimento para grupos específicos de delitos. Ao analisar essas alterações legislativas, o STF elaborou uma diretriz jurisprudencial segura no sentido de que o legislador não pode pré-determinar o tipo de pena ou o regime prisional a ser aplicado com base no critério do tipo penal imputado. Por isso, declarou a inconstitucionalidade de todo esse relevante conjunto de normas penais. É relevante compreender o alcance dessa diretriz jurisprudencial, inclusive para possibilitar o seu aperfeiçoamento dogmático.

Em primeiro lugar, o STF abandonou a ideia de que o princípio da individualização da pena se dirigia exclusivamente ao legislador. O suporte fático desse princípio foi significativamente ampliado ao se reconhecer que o princípio da individualização da pena abrange a atividade do legislador e do juiz, tanto na fase da aplicação da pena como da sua execução concreta. A leitura do STF sobre o princípio da individualização da pena passou a demandar uma harmonização entre o espaço de individualização da pena deferido ao legislador e o espaço que deve ser reservado ao juiz. O espaço de individualização legislativa compreende a competência de criar, modificar ou suprimir figuras criminosas, introduzir classificações entre elas, estabelecer modalidades punitivas, graduar as penalidades aplicáveis e determinar a classe e a magnitude das penalidades de acordo com os critérios de agravamento ou mitigação do comportamento penalizado. Já o espaço de individualização judicial abrange a competência de

dosimetria da pena entre os marcos mínimo e máximo da pena, de escolha do regime prisional inicial e de aplicação das medidas de reinserção progressiva do apenado na sociedade no âmbito da execução penal. A harmonização dessas formas de individualização da pena exige que o modo de concretização legislativa da individualização da pena não comprima excessivamente o espaço de individualização judicial. Esse equilíbrio entre essas fases da individualização da pena – legislativa e judicial – deve ter como diretriz interpretativa o princípio da culpabilidade. Essa ideia merece maior aprofundamento.

O STF declarou inconstitucionais diversas leis penais que concretizavam o princípio da individualização da pena com grave restrição ao espaço judicial de sua individualização. Três exemplos demonstram claramente essa diretriz jurisprudencial: (i) a obrigatoriedade de aplicação de regime integralmente fechado a todos os condenados por crimes hediondos; (ii) a obrigatoriedade de aplicação de regime inicialmente fechado a todos os condenados por crimes hediondos; e (iii) a vedação à substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas. Em todos esses casos, o legislador pré-determinou o afastamento do espaço judicial de individualização judicial da pena, seja na fixação do regime prisional, seja na escolha da modalidade punitiva. Essas opções apriorísticas por parte do legislador sobre o regime prisional a ser adotado e o tipo de pena retiraram do juiz qualquer faixa decisória que permitisse considerações de aspectos relativos ao grau de culpabilidade do condenado.

Toda forma de concretização legislativa do princípio da individualização da pena consubstancia uma escolha apriorística – no sentido de que antecede às opções punitivas conferidas pelo legislador ao juiz – que restringe o momento da individualização judicial da pena. Isso é da essência do momento legislativo da individualização da pena: o legislador delimita o espaço da liberdade judicial de aplicação e execução da pena. A própria Constituição adota como critério distintivo para restrição de direitos a gravidade abstrata de certos delitos. O problema reside na compatibilidade do critério adotado para a restrição legislativa da individualização judicial da pena com os princípios da culpabilidade (a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade) e da proporcionalidade (notadamente em relação ao subprincípio da necessidade, cuja análise envolve a comparação entre as medidas punitivas adotadas para diferentes graus de lesão ao bem jurídico⁸⁶⁷).

⁸⁶⁷ A propósito desse modo de aplicação do princípio da proporcionalidade no controle da constitucionalidade – a partir de uma criteriosa comparação entre os modos de punição de diferentes tipos delitivos –, a Corte

O percurso legislativo, nesse campo, adotou como critério distintivo para a adoção de um regime punitivo previamente determinado – na escolha do regime prisional, do tipo de pena e da modalidade de medida cautelar pessoal – os tipos penais abstratamente considerados (*e.g.*, crimes hediondos, tráfico de drogas, etc.), e não a gravidade concreta do delito praticado. Essa diferença fica bastante evidente quando se compara a opção legislativa de adotar o regime fechado para cumprimento da pena para determinados delitos considerados hediondos e a opção legislativa contida no Código Penal de impor o regime inicial obrigatório para condenados que recebam penas superiores a oito anos de reclusão. Essa quantidade de pena, segundo o critério do legislador, expressa uma gravidade concreta do delito que justifica a predeterminação do regime prisional inicial fechado, independente do tipo penal pelo qual o acusado tenha sido condenado.

Essa distinção – baseada na diferença entre gravidade abstrata do delito (tipo penal) e gravidade concreta do delito (expressa na aplicação de pena em grau mais elevado) – não seria suficiente para justificar, por si só, a declaração de inconstitucionalidade desse conjunto de leis pelo STF. Tanto é assim que o estabelecimento de critérios mais rígidos para a progressão de regime para crimes hediondos, embora baseada na gravidade abstrata dos delitos, nunca teve sua constitucionalidade questionada pelo STF. Também não se discute a constitucionalidade, em abstrato, da vedação à substituição da pena para crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44 do CP). Embora esse critério para afastar o tratamento sancionatório mais benéfico não se confunda com a escolha de tipos penais específicos, não deixa de ser uma predeterminação legislativa da forma de punição (aplicação obrigatória da pena de prisão) para um grupo de delitos que apresentem como elementares típicas a violência ou a grave ameaça. O legislador afastou a possibilidade de substituição da pena, portanto, para uma série de delitos que têm em sua estrutura típica os elementos da violência ou de grave ameaça à pessoa, tais como o roubo (art. 157 do CP), o homicídio doloso (art. 121 do CP) e o estupro (art. 213 do

constitucional da Colômbia afirmou: “La mera comparación entre las penas señaladas por el legislador para unos delitos y las dispuestas para la sanción de otros, por sí sola, no basta para fundar la supuesta infracción de la Constitución por el desconocimiento del principio de proporcionalidad (C-213 de 1994). Para concluir en la inconstitucionalidad de una pena por exceso, el tratamiento punitivo de unos y otros delitos debe ser tan manifiestamente desigual e irrazonable que, además de la clara desproporción que arroja la comparación entre las normas penales, se vulneren los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio de la política criminal” (TCC, Sentencia 070/96, M.P. Eduarfo Cifuentes Muñoz).

CP). A opção legislativa não deixa de ser, nesse ponto, idêntica àquela baseada na indicação de certos tipos penais para os quais se aplicaria necessariamente a pena privativa de liberdade.

Esse tipo de opção legislativa – que anula o espaço de individualização judicial quanto à escolha da espécie de sanção a ser aplicada a partir do tipo penal pelo qual o acusado é condenado – deve ser visto com desconfiança pela jurisdição constitucional e até mesmo com grau reduzido de presunção de constitucionalidade, porque eleva consideravelmente a possibilidade, como se demonstrará, de violação tanto do princípio da culpabilidade quanto do princípio da proporcionalidade. Isso não significa, entretanto, que qualquer distinção legislativa em relação ao modo como a punição deve se expressar baseada na espécie de delito praticado seja necessariamente inconstitucional. A título ilustrativo, a própria jurisprudência recente do STF reconheceu a constitucionalidade das regras que vedavam a incidência da suspensão condicional do processo e de pena ao delito de deserção com a Constituição⁸⁶⁸. A distinção feita pelo legislador se baseava na natureza militar do delito, o que autorizaria, na visão do STF, o Congresso Nacional a optar por um tratamento punitivo mais gravoso.

A inconstitucionalidade da lei penal que restrinja o espaço judicial de individualização da pena pode derivar, em um primeiro plano, da violação ao princípio da culpabilidade. O limite máximo da pena, em um sistema jurídico que proteja a dignidade humana, se encontra na medida da culpa revelada pelo réu⁸⁶⁹. A necessidade de vincular a pena a um juízo de reprovação é a única forma de evitar a instrumentalização do acusado⁸⁷⁰. O caráter preventivo da pena não

⁸⁶⁸ STF, HC 119567, Rel. Min. Dias Toffoli, Red. p/ Acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 22.05.2014.

⁸⁶⁹ Como afirma Claus Roxin, “a pena não pode ultrapassar na sua duração a medida da culpabilidade mesmo que interesses de tratamento, de segurança ou de intimidação revelem como desenlace uma detenção mais prolongada. A sensação de justiça, à qual corresponde um grande significado para a estabilização da consciência jurídico-penal, exige que ninguém possa ser castigado mais duramente do que aquilo que merece; e ‘merecida’ é só uma pena de acordo com a culpabilidade. Certamente a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, mas pode não alcançar sempre que isso seja permitido pelo fim preventivo. Nele radica uma diferença decisiva frente à teoria da retribuição, que também limita a pena pela medida da culpabilidade, mas que reclama em todo o caso que a dita pena àquela corresponda, com independência de toda a necessidade preventiva. A pena serve os fins de prevenção especial e geral. Limita-se na sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode fixar-se abaixo deste limite em tanto quanto o achem necessário às exigências preventivas especiais e a ele não se oponham as exigências mínimas preventivas gerais” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*, Tomo I, Tradução da 2. edição Alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Civitas, p. 99-101 e 103). No mesmo sentido, V., na doutrina brasileira, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. v.1.11 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 166.

⁸⁷⁰ Para a Corte Constitucional da Itália, a aplicação da pena com fim de dissuadir os cidadãos da prática de delitos (prevenção geral negativa) ou neutralizar o infrator (prevenção especial negativa) implicaria reconhecer instrumentalização do ser humano para realização de objetivos político-criminais, o que contrasta com o princípio da dignidade da pessoa humana. V., nesse sentido, Sentenza n. 322 del 2007.

pode fazer com que ela ultrapasse o limite da culpabilidade do agente⁸⁷¹. Como já decidiu a Corte constitucional da Colômbia, “o juízo de proporcionalidade é necessariamente individual” e “o castigo imposto deve guardar simetria com o comportamento e a culpabilidade do sujeito ao qual se imputa, circunstância que exigir que exista uma faixa – mínima e máxima – na qual o julgador possa se mover para adequar a pena em cada caso”⁸⁷².

A diversidade de teorias construídas sobre a função da pena – que vão desde propostas de corte utilitarista (que colocam a pena em função da realização de prevenção de novos delitos) até doutrinas puramente retribucionistas (que concebem a pena como mera compensação ou retribuição pelo mau causado) – não impediu que se formasse um amplo consenso na cultura jurídico-penal de que a pena proporcional depende do sopesamento do *grau de autonomia do sujeito* e da *dosagem da gravidade pelo resultado de lesão ou de perigo ao bem jurídico*. Mesmo para as teorias relativas da pena, o grau de culpabilidade funciona como limite da punição. Nenhuma pena pode superar o grau de culpabilidade relevado pela conduta praticada⁸⁷³. Contudo, nada impede que razões de corte utilitarista – relacionadas à capacidade preventiva da punição – recomendem a diminuição da pena ou até mesmo a sua exclusão⁸⁷⁴.

Há autores que preferem construir uma reconexão da exigência de que a pena não supere a medida da culpabilidade pelo fato cometido com a ideia de prevenção geral positiva – de reforço à consciência jurídica dos cidadãos – que o direito penal poderia desempenhar. Para Hassemer, por exemplo, somente a pena criminal justa e proporcional pode realizar qualquer função preventiva geral positiva, pois o convencimento de que as normas penais são idôneas para melhorar a convivência é perturbado quando as penas são desproporcionais ou excessivamente gravosas⁸⁷⁵. Roxin também defende a ideia de que somente uma pena limitada pelo grau da culpabilidade e a sensação de justiça por ela garantida podem exercer um papel

⁸⁷¹ Não cabe imposição de pena alguma, se não concorre culpabilidade ao autor e de que a pena não pode exceder a medida da culpabilidade: a culpabilidade constitui o fundamento e o limite da pena. Cf. BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de Culpabilidade: considerações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 33.

⁸⁷² TCC, Sentencia C-1080/02, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸⁷³ As mais diversas teorias sobre a função da pena admitem que a culpabilidade funciona como limite da sanção criminal. V. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho penal*. 3. ed. Madrid: Akal/Iure, 1994, p. 109 e ss.

⁸⁷⁴ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 182-190.

⁸⁷⁵ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal*, Trad. e org. Carlos Eduardo Vasconcelos, 2008.

estabilizador da consciência jurídica dos cidadãos⁸⁷⁶. Penas excessivas, que não se balizam pelo grau de culpabilidade, além de instrumentalizarem a pessoa, geram sensação de injustiça que impede a realização de qualquer função preventiva geral positiva⁸⁷⁷.

O espaço de liberdade de conformação judicial da pena deve ser tal que possibilite ao juiz aplicar uma pena conforme a culpabilidade do autor⁸⁷⁸. Esse é um critério material que se mostra apto a servir como parâmetro de controle de constitucionalidade das restrições legislativa ao momento de individualização judicial da pena⁸⁷⁹. Se a concretização legislativa do princípio da individualização da pena impedir a imposição judicial de uma sanção penal correspondente à culpabilidade do autor, o legislador não terá alcançado o objetivo de harmonizar os momentos legislativo e judicial da individualização da pena⁸⁸⁰. E esse desequilíbrio – com a supressão pelo legislador de um espaço mínimo e razoável de individualização judicial da pena – resultará, necessariamente, na violação ao princípio da culpabilidade⁸⁸¹. Isso porque, ao aplicar a lei, o juiz estaria descumprindo o postulado constitucional segundo o qual a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade expressada

⁸⁷⁶ Para uma análise diferenciadora e pormenorizada das visões de prevenção geral positiva dos citados autores – p.74-92 (Haseimer) e 92-106 (Roxin) –, cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008.

⁸⁷⁷ V., a respeito, MIR PUIG, Santiago. *Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva*. Prevención y Teoría de la Pena (dir. Juan Bustos RAMÍRES). Santiago: Lexis Nexis, 1995, p. 49.

⁸⁷⁸ O direito penal das duas últimas décadas entende a culpabilidade nos seguintes termos gerais: “Em realidade, a culpabilidade sobretudo consistiria na possibilidade de poder ser motivado ‘normalmente’ pelas normas do ordenamento e por elas não tenha sido com condutas que se materializariam com fatos evitáveis e que contradigam deveres; o juiz, desse modo, não está chamado a emitir sentenças de culpa, senão investigações laicas dadas de modo imparcial, sem desenvolvimentos emotivos em condenações morais dos autores, que borrariam a imagem de imparcialidade do juiz; a culpabilidade seria um limite para a pena (que não poderia superar a medida máxima da culpabilidade em concreto), mas esta, por sua vez, conservaria também funções de neutralização da capacidade criminal, não só de castigo merecido (...)” (DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 85, tradução livre do autor).

⁸⁷⁹ A opção por esse critério-base para dosagem da pena foi feita de forma expressa pelo legislador alemão, como se colhe do parágrafo 46 do StGB: “A culpabilidade do autor será fundamento da dosimetria da pena. Deverão ser considerados os efeitos derivados da pena para a vida future do autor”.

⁸⁸⁰ Por isso que a maior parte dos sistemas de justiça – como o alemão – adota a teoria do espaço de jogo ou da margem de liberdade, que afirma que a pena adequada à culpabilidade não é uma magnitude pontual, pois as necessidades preventivas relacionadas com as circunstâncias pessoais do autor servirão para concretizar a pena dentro do marco determinado a partir da valoração da culpabilidade, mas em nenhum caso poderão justificar uma pena que exceda o limite da culpabilidade pelo injusto realizado. V., sobre o tema, JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, (trad. de Manzanares Samaniego). Granada: Comares, 1993, p. 794.

⁸⁸¹ Em Constituições que não prevêm expressamente o princípio da culpabilidade, doutrina e jurisprudência costumam extraí-lo da ideia de Justiça como valor superior da ordem juridical, do princípio da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. V., sobre o tema, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principio de culpabilidad e individualización de la pena. MIR, José Cerezo (ed.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 199.

pelo fato delituoso⁸⁸². Daí decorre a conclusão de que a conformação legislativa da pena – nela incluída não apenas os limites mínimo e máximo, mas o seu regime prisional de cumprimento e a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito no lugar da prisão – deve ser compatível com o princípio constitucional da culpabilidade⁸⁸³.

O juízo de culpabilidade, mais modernamente, tem progressivamente abandonado a ideia de culpa como conduta de vida, para entendê-la como “*a capacidade de motivação do agente para o fato por ele realizado, em face dos apelos normativos da ordem jurídica aos quais tivera acesso*”. A culpabilidade passa a ser vista como “*um critério em função do que o sujeito poderia efetivamente fazer ou não fazer, quando submetido a uma norma vinculante de sua conduta*”⁸⁸⁴. O juízo de culpabilidade se relaciona com o fato concreto para se chegar a uma delimitação da sanção a ser aplicada: “[d]e conformidade com o grau de autonomia do sujeito e a dosagem da gravidade pelo resultado de lesão ou de perigo ao bem jurídico, será fixada a pena-base dentro dos limites indicados nos respectivos tipos”⁸⁸⁵. Para essa concepção, portanto, a relação da culpabilidade com o fato concreto pode ser avaliada sob dois aspectos: pela autonomia do autor para realizá-lo ou por sua gravidade. Esses dois aspectos se congregam no âmbito da análise da autonomia às relações volitivas do agente para com o fato.

⁸⁸² Como afirmou Massimo Donini, essa ideia de vincular o patamar máxima da pena ao grau de culpabilidade tem inspiração numa concepção desenvolvida na Escola de Frankfurt de renovação do pensamento retributivo no direito penal: “Quando, em um determinado momento, alguém se dá conta de que não se pode medir a prevenção geral, (...), que a mesma prevenção geral positiva não resulta verificável ou se identifica facilmente com um novo simbolismo penal, o passo imediatamente sucessivo, a tentativa urgente, é dizer: não importa que o direito penal “sirva”, basta que seja “justo” e que, portanto, se aplique de maneira proporcional aos fatos “graves”. Com essas considerações (parecem dizer os defensores desta orientação), o tolaremos, é o mal menor, também porque um direito penal assim “inflexível”, é por definição mais garantidor da liberdade dos cidadãos, na medida em que é menos manipulável por tensões teleológicas que atuam, ab extrínseco ou ab intrínseco, sobre as regras e sobre as categorias” (DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, pp. 67-68).

⁸⁸³ Essa conclusão é reconhecida pela Corte constitucional da Colômbia. V, a respeito, o seguinte trecho da Sentencia C-181/16 (Abril 13), M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: “A culpabilidade faz parte do dogma criminal e, juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, constitui um elemento estrutural de responsabilidade criminal. (...) A culpabilidade é aquele juízo de censura sobre a conduta do autor que permite impor uma sanção penal à sua ação típica e ilegal. Sua base constitucional é a consagração do princípio da presunção de inocência e o progresso em direção a uma lei criminal do ato, de acordo com o Artigo 29 Superior. Nesse sentido, a desvalorização é realizada no comportamento do autor em relação ao resultado repressível, mas não em aspectos internos como personalidade, pensamento, sentimentos, temperamento entre outros. De acordo com o acima exposto, qualquer forma de responsabilidade objetiva é proibida, uma vez que a base da imputação é o juízo de reprovação da conduta do sujeito ativo no momento do cometimento do ato. Finalmente, a culpa permite graduar a imposição da pena proporcional, já que a análise não se limita à verificação da intenção, culpa ou dolo eventual, mas também deve levar em conta o sentido específico de que a ação ou omissão imprime o fim perseguido pelo sujeito”

⁸⁸⁴ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁸⁸⁵ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

A partir dessas premissas dogmáticas, conclui-se que, em razão do princípio constitucional da culpabilidade, a pena deve resultar da avaliação da gravidade do fato (resultante de lesão ou de perigo ao bem jurídico) e da sua relação com a culpabilidade (de conformidade com o grau de autonomia do sujeito). A pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade⁸⁸⁶. Esse postulado constitucional não pode ser suprimido por uma conformação legislativa da pena que impeça o juiz de aplicar a sanção criminal compatível com o grau de culpabilidade.

Como observou Pedro Jorge Costa, *“a limitação máxima da pena pela culpabilidade se mostra relevante em sistemas penais que adotam o fim preventivo das penas”*, pois *“a proporcionalidade da pena, por si só, não garante a limitação”*, notadamente porque *“implica ponderação que, no caso da pena, dá-se entre os objetivos da política criminal e as consequências da sanção”*⁸⁸⁷. Desse modo, *“quanto maior a importância do fim almejado, mais amplo o âmbito e a medida dos meios admissíveis, o que revela o caráter somente relativo da proteção advinda da proporcionalidade e justifica o temor de setores da doutrina da instrumentalização do indivíduo mediante penas altas”*. Daí a importância de reafirmar que a *“culpabilidade, em seu aspecto de retribuição, imponha pena máxima proporcional à gravidade do injusto praticado e, pois, à culpabilidade do agente”*⁸⁸⁸.

Nas hipóteses em que o legislador estabelece uma disciplina geral que uniformiza e predetermina uma modalidade punitiva para todos os condenados por determinado tipo penal surgirá o risco de violação ao princípio da culpabilidade, na medida em que se impede, em linha de princípio, a formulação de um juízo de adequação da pena criminal ao grau de culpabilidade do agente na sua relação com a gravidade da lesão ao bem jurídico produzida por sua conduta. A opção legislativa de fixar previamente certo regime prisional ou de impedir a aplicação de penas restritivas de direito para certos delitos – ao se aproximar da ultrapassada teoria pontual da pena e se distanciar da teoria da margem de liberdade – reduz significativamente o seu grau

⁸⁸⁶ A culpabilidade exerce, assim, uma função de limite insuperável da pena. V, sobre o desenvolvimento dessa ideia no direito português, RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Lisboa: Coimbra, 1995.

⁸⁸⁷ COSTA, Pedro Jorge. Culpabilidade na dosimetria da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24, n. 126, Dez. 2016, p.109-132.

⁸⁸⁸ V. COSTA, Pedro Jorge. Culpabilidade na dosimetria da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24, n. 126, Dez. 2016, p.109-132.

de presunção de constitucionalidade. Essa drástica redução do papel individualizador da pena desempenhado pelo juiz eleva a possibilidade de uma violação ao princípio da culpabilidade.

Essa formulação pode ser aplicada para examinar as decisões do STF que declararam a inconstitucionalidade (i) da obrigatoriedade de aplicação de regime integralmente fechado a todos os condenados por crimes hediondos; (ii) da obrigatoriedade de aplicação de regime inicialmente fechado a todos os condenados por crimes hediondos; e (iii) da vedação à substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas. Em todos esses casos, o princípio da individualização da pena foi alçado à condição de principal fundamento para a declaração de inconstitucionalidade. Apesar das diferentes condições de aplicação desse princípio em cada uma dessas decisões, o STF rejeitou, em todos esses casos, as tentativas do legislador de comprimir excessivamente o espaço judicial de individualização da pena.

As teses contrapostas nesses julgamentos colocaram em destaque a necessidade de justificar as razões pelas quais tais leis eram incompatíveis com a Constituição e outras normas penais que também limitavam a liberdade do juiz para individualizar a pena) seriam constitucionais (e.g., o art. 44 do CP, que exclui a possibilidade de substituição da pena de prisão para os crimes cometidos à base da violência ou de grave ameaça à pessoa). Como já se viu, ainda que de forma incipiente, surgiu uma tentativa de distinguir leis penais que limitavam o espaço de individualização judicial da pena com base na gravidade concreta do delito e leis penais que promoviam essa limitação com base na sua mera gravidade abstrata, vale dizer, com base no tipo penal. Esse argumento extraído da jurisprudência do STF – principalmente dos votos proferidos pelos Ministros Carlos Ayres e Cezar Peluso –, apesar de sua engenhosidade, apenas se mostra convincente se for corretamente conectado com o princípio da culpabilidade. Só assim esse argumento – distinção entre gravidade concreta e abstrata do delito – assume sua vocação de limitar substancialmente, a partir de critérios materiais, o espaço legislativo de individualização da pena.

O princípio da individualização da pena isoladamente não afasta a possibilidade de que o legislador reduza o espaço de individualização judicial da pena. A própria Constituição afirma que *“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”* (art. 5º, XLVI). Desse princípio constitucional da

individualização da pena resultam pelo menos três conclusões parciais: (i) a Constituição brasileira não admite a pena tarifada ou padronizada; (ii) o legislador escolherá, a partir de critérios político-criminais, os limites mínimo e máximo da pena e os tipos de penas a disposição do juiz⁸⁸⁹; (iii) essa atividade legislativa de regulamentação do princípio da individualização da pena não se exerce sem qualquer tipo de limitação substancial⁸⁹⁰. A dificuldade está justamente em encontrar critérios com base nos quais se possa averiguar a constitucionalidade das leis regulamentadoras do princípio constitucional da individualização das penas⁸⁹¹.

Os parâmetros legais que criam o sistema punitivo geral e os subsistemas punitivos específicos – disciplinando o modo pelo qual a punição estatal deve se expressar em relação a determinados tipos penais (como o tráfico de drogas) ou a certos grupos de delitos (como os

⁸⁸⁹ Embora no Brasil tenha se consolidado essa tradição de fixação de limites mínimo e máximo das penas, essa não é a única forma possível de regulamentar legislativamente a individualização da pena. Para exemplificar, nos Estados Unidos, somente a partir da década de 70 a legislação federal e algumas leis estaduais passaram a prever penas mínimas obrigatórias. V. TONRY, Michael. *Sentencing matters*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 9. Vários países de tradição anglo-saxã (além dos Estados Unidos, África do Sul, Austrália, Canadá e Inglaterra) adotaram esse padrão de penas mínimas obrigatórias. V., sobre o tema, ASHWORTH, Andrew. *Techniques for reducing sentencing disparity*. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (Eds.). *Principled sentencing: readings on theory and policy*. 3rd ed. Oxford: Hart, 2009. p. 243-257. Na França, por outro lado, o Código de 1992 eliminou as penas mínimas, com o objetivo de maximizar o alcance da individualização da pena. V. MACHADO, Maira Rocha; PIRES, Alvaro; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro Mesquita. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2009, p. 28. Já a Nova Zelândia, preferiu a instituição de padrões mínimos e máximos não obrigatórios, que servem como guias para o juiz, que está autorizado, entretanto, a aplicar penas abaixo do mínimo legal. V. ROBERTS, Julian V. *Sentencing reform in New Zealand: an analysis of sentencing act 2002*. Australian & New Zealand Journal of Criminology, v. 36, n. 3, p. 249-271, Dec. 2003, p. 253 e ss. De fato, a pena mínima não cumpre a função de limitar o poder punitiva: há sistemas que atendem adequadamente à exigência de individualização da pena sem que existam penas mínimas obrigatórias. Já a pena máxima representa aquele “máximo de pena tolerável pelo direito de punir em um Estado democrático e de direito” (MACHADO, Maira Rocha; PIRES, Alvaro; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro Mesquita. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2009, p. 17).

⁸⁹⁰ Essa conclusão corresponde a um consenso fruto do iluminismo de que se deveria reagir aos sistemas que adotavam uma indeterminação completa da pena a ser aplicada e também aos sistemas que adotavam uma extrema rigidez legislativa na determinação da pena. V., sobre o tema, BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 103.

⁸⁹¹ Essa fórmula tem por objetivo garantir a proporcionalidade das penas, como afirmou Mariângela Gama de Magalhães Gomes: “(...) o espaço existente entre o mínimo e o máximo de penas previstas permite ao juiz individualizar com maior precisão a sanção, tornando-a mais “personalizada” possível, dentro das condições do caso concreto referentes à gravidade do fato e à culpabilidade do agente. A possibilidade que tem o juiz de aplicar a pena de acordo com o fato histórico permite, de outro lado, que a pena seja medida de acordo com as específicas exigências de reeducação do condenado, o que facilita o alcance de sua finalidade. É por isso que se diz que a predeterminação de um espaço entre a mínima e a máxima pena legalmente prevista constitui verdadeiro ponto de equilíbrio entre as exigências de legalidade e de individualização da pena, cabendo ao aplicador da lei escolher a pena proporcional a cada específico caso concreto” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160).

crimes hediondos) – expressam ao mesmo tempo (i) certas escolhas políticas de punir de formas diversas (com maior ou menor gravidade) condutas delituosas consideradas mais ou menos graves à luz da importância dos bens jurídicos tutelados e (ii) a delimitação do espaço dentro do qual o juiz poderá se movimentar para individualizar a sanção que será particularmente imputada a certa pessoa em determinadas condições concretas de realização da conduta típica.

O limite material da legitimidade da restrição do espaço decisório do juiz para cominar a pena deve ser encontrado, em primeiro lugar, no princípio da culpabilidade⁸⁹². Essa função limitadora do princípio da culpabilidade é amplamente aceita pela doutrina. Ao sintetizar a compreensão mais aceita sobre o tema, Bacigalupo afirma que *“a gravidade da culpa determina o limite máximo da pena, mas não obriga – como na concepção de KANT – à aplicação de punição apropriada à culpa”*. Por outro lado, *“abaixo desse limite é possível observar requisitos preventivos que podem até determinar uma redução da penalidade apropriada à culpa”*, isto é, *“a retribuição da culpa que vem das teorias absolutas, só determina o limite máximo da pena aplicável ao autor, sem excluir a possibilidade de acomodar as necessidades preventivas, advindas das teorias relativas, até o limite fixado pelo culpa”*⁸⁹³.

É necessário garantir que o juiz disponha de instrumentos legais para aplicar a sanção que corresponda ao grau de culpabilidade do acusado, vale dizer, que seja equivalente à dosagem da gravidade pelo resultado da lesão ou perigo ao bem jurídico e ao grau de autonomia do sujeito para desenvolver seu curso de ação de acordo com as prescrições normativas⁸⁹⁴. Isso não quer dizer que a pena cominada tenha obrigatoriamente que corresponder ao grau de

⁸⁹² É consensual, para as mais diversas teorias sobre a função da pena, que a pena não pode supercar a gravidade da culpabilidade. V. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principio de culpabilidad e individualización de la pena. MIR, José Cerezo (ed.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999, p. 35.

⁸⁹³ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principio de culpabilidad e individualización de la pena. MIR, José Cerezo (ed.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999, p. 38.

⁸⁹⁴ De acordo com Bacigalupo, a jurisprudência espanhola já havia incorporado, na década de 90 do século passado, a orientação de que o princípio da culpabilidade vincula a pena sob duas perspectivas: (i) a partir da gravidade da ilicitude; e (ii) e também a partir das circunstâncias que permitam examinar sobre a maior ou menor exigibilidade de conduta diversa. V. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Principio de culpabilidad e individualización de la pena. MIR, José Cerezo (ed.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999. O grau de autonomia do sujeito como elemento da culpabilidade tem animado a doutrina alemã há bastante tempo. Schünemann, por exemplo, considera impossível justificar a imposição da pena sem que se possa reprovar uma ação individualmente evitada. V. SCHÜNEMANN, B. Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal (trad. Baza, L.), In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 27 e ss.

culpabilidade revelado pelo fato praticado. A pena também deve ser útil: tanto a falta de aptidão para produzir efeitos preventivos quanto a existência de outras formas de imputação de retribuição ao réu podem funcionar como elementos para atenuar ou eximir a sanção.

O grau de culpabilidade pelo fato – o que exclui o uso do direito penal do autor para dosar a pena⁸⁹⁵ – constitui o limite da punição, não o seu conteúdo definitivo. A primeira referência deve ser o grau de culpa pelo fato, e, depois, o grau de utilidade da pena – a partir das funções por ela supostamente realizadas –, que pode determinar a sua diminuição, substituição por outras medidas sancionatórias ou até seu completo afastamento. Só assim será possível harmonizar os princípios da culpabilidade e da individualização da pena⁸⁹⁶.

A resenha da jurisprudência do STF no campo do controle de constitucionalidade de leis penais que restringiam o espaço judicial de aplicação da sanção penal pelos juízes mostra a íntima conexão entre o princípio da individualização da pena e da culpabilidade. Ao estabelecer que todos os condenados por crimes hediondos cumpririam pena em regime fechado (integral ou parcialmente), o legislador obrigava os juízes a aplicar o regime mais gravoso de cumprimento da pena de prisão (i) tanto para o condenado por lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º, do Código Penal), quando praticadas contra autoridade ou agente integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública; (ii) quanto para o condenado por estupro com violência real (art. 213 do CP). A todos, indistintamente, se aplicaria o regime prisional fechado (de forma integral na versão originária da lei de crimes hediondos e de forma inicial depois da sua reforma).

Não há dúvida, entretanto, que o primeiro delito configura ofensa muito menor a um bem jurídico menos relevante constitucional quando comparado o segundo. O grau de culpabilidade revelado pela conduta de quem pratica lesão corporal dolosa contra funcionário público do sistema prisional é muito inferior àquele demonstrado pela conduta de quem pratica

⁸⁹⁵ O Tribunal constitucional da Espanha tem negado a legitimidade constitucional do direito penal do autor que determina as penas em atenção à personalidade do réu, e não segundo a culpabilidade deste no cometimento do delito. V. TCE, STC 150/1991, de 4 de julho.

⁸⁹⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Principio de culpabilidad e individualización de la pena. MIR, José Cerezo (ed.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999, p. 37.

estupro com violência real⁸⁹⁷. Dar o mesmo tratamento sancionatório, ainda que apenas em relação à escolha do regime prisional inicial, a essas duas condutas viola o princípio da culpabilidade.

É claro que também o princípio da culpabilidade, que tem estrutura normativa de mandato de otimização, constitui uma diretriz normativa para o legislador que deve ser realizada na maior medida fática (aferida por meio dos subprincípios da adequação e da necessidade) e jurídica (aferida a partir da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito) possível⁸⁹⁸. Há aqui, também, espaço ou margem de ação legislativa para a dosagem das formas de sanção: o princípio da culpabilidade impõe ao legislador o dever de prescrever as sanções criminais a partir da avaliação da gravidade do fato (resultante de lesão ou de perigo ao bem jurídico) e da sua relação com a culpabilidade (de conformidade com o grau de autonomia do sujeito). As opções legislativas que equiparam o tratamento sancionatório de condutas que atingem de modo muito diverso (em graus díspares) o mesmo bem jurídico ou condutas que tutelam bens jurídicos cuja importância constitucional seja muito diferente devem ser tidas como presumivelmente inconstitucionais, por restringirem de modo *prima facie* excessivo o compromisso do legislador com o princípio da culpabilidade.

Seja como for, as medidas legislativas que pré-determinavam a escolha do regime prisional aplicável ao réu, independente da relevância ou da importância do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, da intensidade ou da gravidade do dano ou perigo de dano a esse bem jurídico, e, por fim, ao grau de autonomia do indivíduo em face da conduta por ele praticada tendem a ofender o princípio constitucional da culpabilidade. Não há uma fórmula fixa ou apriorística de como equilibrar os momentos da individualização legislativa e judicial da pena. O primeiro deve deixar ao último um mínimo de espaço dentro do qual o juiz possa se mover para garantir o respeito, em cada caso concreto, do princípio da culpabilidade. O estabelecimento pelo legislador de um regime prisional mais gravoso como padrão mínimo de punição conflita com a ideia básica de justiça material que conduz à exigência de considerar

⁸⁹⁷ Também é menor o grau de culpabilidade demonstrado por quem pratica um crime de modo culposos quando comparado com a realização do mesmo crime de forma dolosa.

⁸⁹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 173.

fatores individuais na aplicação da pena⁸⁹⁹, principalmente quando o mesmo tratamento sancionatório é aplicado uniformemente para condutas que revelem graus bastante diferentes de culpabilidade.

Há aspectos que necessariamente devem ser levados em consideração na aplicação de sanções criminais que não podem ser sopesados em abstrato pelo legislador. O grau de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, a intervenção real que a pessoa teve na criação dessa lesão ou desse risco e os fatores individuais e sociais que permitem avaliar o grau de exigibilidade de outra conduta⁹⁰⁰ são fatores que necessariamente devem ser levados em consideração pelo juiz no momento de graduar a pena e seu modo de execução⁹⁰¹. O estabelecimento pelo legislador de um regime prisional mais gravoso como padrão mínimo de punição conflita com a ideia básica de justiça material que conduz à exigência de considerar fatores individuais na aplicação da pena⁹⁰², principalmente quando o mesmo tratamento sancionatório é aplicado uniformemente para condutas que revelem graus bastante diferentes de culpabilidade.

O mesmo argumento pode ser utilizado para analisar a decisão que declarou a inconstitucionalidade da regra legal que vedava a substituição da pena para o crime de tráfico de drogas. Não há um direito constitucional definitivo à substituição da pena de prisão por restritiva de direito. A substituição da pena de privativa de liberdade se dá nos limites da autorização legislativa. O legislador é o primeiro destinatário do princípio da individualização da pena: a cominação de pena de prisão a determinados delitos e as condições nas quais ela deva ser substituída por outras penas menos aflictivas é tarefa conferida pela Constituição, em um primeiro plano, ao Congresso Nacional. Tanto é assim que as hipóteses excludentes do

⁸⁹⁹ Essa mesma crítica também é dirigida aos sistemas que adotam penas mínimas obrigatórias. V., a propósito, CASSELL, Paul. Too severe?: a defense of the federal sentencing guidelines (and a critique of federal mandatory minimums). *Stanford Law Review Symposium: Punishment and Its Purposes*, v. 56, n. 5, p. 1017-1048, Abr. 2004, p. 1.018.

⁹⁰⁰ Para Bacigalupo, a essência da culpabilidade reside na possibilidade de haver o autor atuado de outro modo no caso concreto. V. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal*. Parte general. 3. ed.. Madrid: Akal/Iure, 1994, p. 108.

⁹⁰¹ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 179.

⁹⁰² Essa mesma crítica também é dirigida aos sistemas que adotam penas mínimas obrigatórias. V., a propósito, CASSELL, Paul. Too severe?: a defense of the federal sentencing guidelines (and a critique of federal mandatory minimums). *Stanford Law Review Symposium: Punishment and Its Purposes*, v. 56, n. 5, p. 1017-1048, Abr. 2004, p. 1.018.

regime de substituição de penas, contempladas no art. 44 do Código Penal, tem como suporte unicamente o critério do legislador ordinário. Dentro desses limites legais, o juiz escolhe pela aplicação da pena de prisão ou de penas restritivas de direito, a partir do parâmetro constitucional da culpabilidade.

Ocorre que a própria lei de drogas distinguiu diversas formas de transações ilícitas envolvendo drogas. A amplitude da expressão constitucional “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” comporta atividade legislativa que crie diversos tipos penais nesse âmbito, com gravidades bastante diferentes. Basta ver, por exemplo, a conduta de “[o]ferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”, tipificada no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006. Isso para não falar da forma delitiva conhecida como “tráfico privilegiado” (art. 33, § 4º), que criou uma causa de expressiva diminuição da pena para o traficante primário e não vinculado a organizações criminosas. Uma lei que prevê tipos penais e penas tão diferentes – que vão desde a pena mínima de 1 ano e 8 meses de reclusão para o pequeno traficante primário à pena máxima de 15 anos para o tipo base de tráfico de drogas – não poderia pré-determinar a exclusão da possibilidade de substituição da pena de prisão por restritivas de direito, sob pena de violação ao princípio constitucional da culpabilidade. Novamente, o legislador desprezou a intensidade ou a gravidade do dano ou perigo de dano ao bem jurídico da “saúde pública”, bem como o grau de autonomia do indivíduo em face da conduta por ele praticada, uniformizando de forma ilegítima a necessidade de aplicação por parte do juiz da pena de prisão para os condenados por todos os tipos e modalidades de crimes previstos na Lei 11.343/2006.

O princípio da culpabilidade pelo fato impõe, ainda, que o poder punitivo se dirija exclusivamente a uma ação concreta descrita pelo tipo penal, sem consideração alguma (i) sobre a condução da vida do autor que antecede ao fato, ou (ii) aos perigos que no futuro se possam esperar dele⁹⁰³. A ideia de que o grau de autonomia do sujeito e a gravidade pelo resultado da lesão ou de perigo ao bem jurídico orientam a dosagem da pena criminal coincide com uma concepção pura de culpabilidade – culpabilidade pelo fato – que exige a exclusão de referências

⁹⁰³ V. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal*. Parte general. 3. ed.. Madrid: Akal/Jure, 1994, p. 111.

à conduta anterior ao fato, à periculosidade, ou ao caráter do autor⁹⁰⁴. Essa leitura do princípio da culpabilidade rejeita qualquer manifestação de direito penal do autor, impedindo que a pena se vincule à personalidade do réu. Para Roxin, por exemplo, somente um direito penal do fato concreto, e nunca da personalidade, pode ser compatível com a noção de Estado de Direito⁹⁰⁵. A ideia de culpabilidade do autor – em contraposição ao princípio da culpabilidade pelo fato – anula o efeito limitador do princípio da culpabilidade e diminui drasticamente o controle sobre a atividade judicial⁹⁰⁶. Por isso, a dogmática penal tem procurado, na última quadra histórica, excluir qualquer tentativa de encontrar no caráter do autor ou no modo da condução da sua vida fundamentos para balizar o grau de culpabilidade, que deve ser medido apenas pela responsabilidade do autor demonstrado na situação concreta de fato⁹⁰⁷.

Não é só a conexão do princípio da individualização da pena com o da culpabilidade que deve ser levado em consideração na compreensão retrospectiva desse virtuoso desenvolvimento do STF no controle de constitucionalidade das leis penais. Também o princípio da proporcionalidade passou a exercer papel fundamental como parâmetro de controle da legitimidade material das leis penais. A utilização do princípio da proporcionalidade como meio para limitação da intensidade das penas é fruto da ideia central do direito penal moderno segundo a qual deve haver uma correspondência entre a gravidade da sanção penal e a conduta castigada. Essa noção de *proporcionalidade das penas*⁹⁰⁸ é baseada na profunda ligação que o direito penal fruto do pensamento iluminista engendrou entre a gravidade da pena e a importância do bem jurídico afetado e o grau de sua afetação. A utilização da proporcionalidade como mecanismo de parametrização da gravidade das penas fez com que parte da doutrina e da

⁹⁰⁴ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Principio de culpabilidad e individualización de la pena. MIR, José Cerezo (ed.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999, p. 38.

⁹⁰⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J.. Madrid: Civitas, 1997, p. 182 e ss.

⁹⁰⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal*. Parte general. 3. ed.. Madrid: Akal/Iure, 1994, p. 299.

⁹⁰⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal*. Parte general. 3. ed.. Madrid: Akal/Iure, 1994, p. 108 e ss..

⁹⁰⁸ É preciso distinguir essa concepção estrita do princípio da proporcionalidade – referida à exigência de adequação entre a gravidade do delito e a gravidade da pena – e uma concepção ampla desse mesmo princípio, destinado a verificar a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito das leis penais. Essa concepção ampla do princípio da proporcionalidade será objeto do capítulo 6 deste trabalho.

jurisprudência estrangeiras⁹⁰⁹ passasse a utilizar o princípio da proporcionalidade como substituto funcional do princípio da culpabilidade⁹¹⁰.

A maior dificuldade em tornar operativo o princípio da proporcionalidade das penas deriva da inexistência de uma correspondência natural e objetiva entre a gravidade do delito e a quantidade da pena. Essa vinculação se estabelece de forma convencional e contingente pela ordem jurídica. Por isso, o STF, na linha da experiência comparada, passou a efetuar o controle da legitimidade da resposta penal estabelecida pelo legislador para determinado delito por meio da comparação sistemática dada pelo próprio legislador a diversos delitos tratados pela mesma lei⁹¹¹. Essa é uma forma de averiguar a relação de proporcionalidade entre pena e delito tomando como referência a sanção prevista pelo legislador para outras condutas de gravidade similar. Como acentuou Gloria Mesa, o recurso a um *tertium comparationis* tem levado vários autores a conceber o princípio da proporcionalidade como um equivalente do princípio da igualdade em matéria penal, exatamente por exigir sanções similares para delitos que, a partir de um ponto de vista externo à valoração legislativa, sejam considerados de igual gravidade⁹¹².

⁹⁰⁹ V., por todos, ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada: Comares, 2001.

⁹¹⁰ Nesse sentido, Hassemer propõe a substituição do princípio da culpabilidade pelo princípio da proporcionalidade. Para ele, o princípio da culpabilidade contém também o princípio da proporcionalidade que estabelece uma relação que deve existir entre a pena e determinados elementos da conduta culpável. V., por todos, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principio de culpabilidad e individualización de la pena*. MIR, José Cerezo (ed.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999, p. 100. Para Gloria Lopera, a máxima de que a pena não pode superar a medida da culpabilidade pelo fato cometido levou diversos autores a pretender a substituição do princípio da culpabilidade pelo princípio da proporcionalidade; ao passo que outros rechaçaram essa alternativa. O importante, para essa autora, é que se deixe claro que as exigências da proporcionalidade entre pena e delito não esgotam o conteúdo mais amplo associado ao princípio da culpabilidade, e que dentro do conceito de gravidade do delito tem relevância a distinção entre dolo e culpa. Feitas essas advertências, Gloria Lopera não vê problema em se considerar a proporcionalidade da pena como princípio autônomo. V. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 203-205.

⁹¹¹ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 175-178.

⁹¹² LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 178. A jurisprudência do Tribunal constitucional da Espanha tem acentuado a importância da verificação da legitimidade constitucional do tratamento diferenciador em matéria penal: “Em suma, uma vez verificada essa diferença de tratamento, sua legalidade exigirá um triplo requisito: “as diferenciações normativas terão que mostrar, em primeiro lugar, um fim discernível e legítimo, terão que ser articuladas, além disso, em termos que não sejam inconsistentes com esse propósito e não devem, por fim, incorrer em desproporções óbvias ao atribuir aos diferentes grupos e categorias direitos, obrigações ou quaisquer outras situações jurídicas subjetivas” (TCE, SSTC 222/1992, de 11 de dezembro; 155/1998, de 13 de julho, e 180/2001, de 17 de setembro, FJ 3, citados pelo STC 59/2008, de 14 de maio).

O juízo de necessidade exigido pelo princípio da proporcionalidade deve ser realizado, prioritariamente, a partir de uma análise comparativa de coerência do legislador, ou seja, partindo da verificação de um conjunto de delitos e penas que o legislador estipulou, previamente, como necessárias para alcançar efeitos análogos. Esse juízo de proporcionalidade aceita “*como necesarias as medidas penais existentes*” e parte dessa premissa para controlar a proporcionalidade das medidas análogas: “*aceitando como necesarias as medidas penais existentes, o controle de uma medida com similar gravidade, estrutura típica e, em especial, tendo presente uma prévia hierarquização da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico a outras medidas penais, então existe um parâmetro jurídico para estabelecer sua necessidade*”⁹¹³.

A utilização do princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle de constitucionalidade de leis penais será objeto de estudo mais aprofundado em capítulo separado deste trabalho. Entretanto, é necessário reafirmar, desde já, a profunda vinculação entre os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade. Autores como Diés Ripollés chegam a incluir a culpabilidade como elemento da proporcionalidade das sanções criminais⁹¹⁴. Para ele, o princípio da proporcionalidade impõe ao legislador a obrigação de fixar sanções atendendo à importância do bem tutelado, à gravidade do ataque e o âmbito de responsabilidade subjetiva do imputado. Assim, o legislador deve manter aberto o espaço para que o juiz ajuste a pena a ser aplicada em razão das variações do grau de afetação do bem jurídico e da estruturação do grau de responsabilidade pessoal⁹¹⁵.

O princípio da individualização da pena, isoladamente, contém a ideia-força de que o processo de individualização da pena começa com a atividade legislativa, passa pela cominação de uma sanção criminal na sentença condenatória e termina com o controle judicial do modo

⁹¹³ FERNÁNDEZ CRUZ, José Angel. El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, vol. 17, n. 1, 2010, p. 84.

⁹¹⁴ Para Donini, é necessário distinguir o princípio da proporcionalidade no direito penal do princípio (mais restrito) da proporção sancionatória. Segundo esse autor, a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia veio a consagrar essa diferença ao tratar no art. 52, 1º, o princípio da proporcionalidade como critério de legitimação da restrição de direitos fundamentais e no art. 49 o princípio da proporcionalidade da pena criminal (a pena aplicada não deve ser desproporcional em relação ao delito). V. DONINI, M., Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei, *Rev. trim. Dir. Pen. Cont.*, 2013, p. 12 e ss.

⁹¹⁵ Díez RIPOLLÉS, José Luis. *Racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 162.

de cumprimento da pena durante o seu processo de execução⁹¹⁶. Essa ampliação do suporte fático do princípio da individualização da pena – que abandonou a concepção prevalecente na jurisprudência do STF do início da década de 90 – teve como consequência inicial relevante a consagração da ideia de que o legislador deveria deixar um espaço de liberdade de conformação (uma margem de apreciação) para o juiz tanto no momento de definição da sanção criminal a ser aplicada ao réu, como na aplicação das medidas de redução do grau de intensidade do seu cumprimento durante a sua execução. O reconhecimento de que o princípio da individualização da pena não se dirige exclusivamente ao legislador representa, portanto, uma tentativa de harmonizar a liberdade de conformação legislativa da sanção criminal com a zona de discricionariedade judicial da sua cominação concreta ao réu em cada caso concreto. Essa harmonização depende, como visto, da interação entre o princípio da individualização da pena com os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade⁹¹⁷.

A margem de atuação judicial na definição da pena não pode impedir o juiz de aplicar a sanção correspondente ao grau de culpabilidade⁹¹⁸ – de acordo “*com o grau de autonomia do sujeito e a dosagem da gravidade pelo resultado de lesão ou de perigo ao bem jurídico, será fixada a pena-base dentro dos limites indicados nos respectivos tipos*” – e tampouco pode conviver com tratamento sancionatório desnecessário (mais grave do que aquele afirmado como necessário pelo próprio legislador no mesmo complexo normativo). A lei abstrata deve deixar espaço para a aplicação proporcional da pena em concreto, de acordo com o grau de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, com o tipo de participação real que o indivíduo teve na

⁹¹⁶ Essa compreensão sobre o sentido do princípio da individualização da pena é prevalente na doutrina brasileira. V, sobre o tema, a síntese formulada por Cezar Bitencourt: “Essa orientação, conhecida como individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento” (BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 588).

⁹¹⁷ Essa harmonização é tarefa bastante complexa, como bem ressaltou Davis Thomas: “O equilíbrio entre regulação legislativa e judicial no sistema de aplicação da pena é difícil de prever”, uma vez que, se de um lado a “consistência total no exercício da discricionariedade por quem aplica a pena nunca será alcançada enquanto seres humanos tiverem de tomar as decisões”, por outro, “uma aparência mecânica de consistência como a que pode ser produzida por regras rígidas demais pode, da mesma forma, produzir injustiças” (THOMAS, Davis. *Judicial discretion in sentencing*. In: GELSTHORPE, Loraine; PADFIELD, Nicola (Eds.). *Exercising discretion: decision making in the criminal justice system and beyond*. Portland: Willan, 2003, p. 71, tradução livre do autor).

⁹¹⁸ Como já reconheceu a Corte constitucional da Colômbia, “quem determina o conteúdo da culpabilidade do comportamento, é dizer, quem exerce o juízo de reprovação de que é suscetível o autor ou partícipe não é o legislador, de maneira genérica, mas o juiz, de maneira específica e somente frente a casos concretos” (TCC, Sentencia C-252-03).

criação dessa lesão ou risco, e com os fatores individuais e sociais que determinam a maior ou menos exigibilidade de conduta diversa⁹¹⁹. Dessa interação entre os princípios da individualização da pena, da culpabilidade e da proporcionalidade resulta um parâmetro material mais adequado para a verificação da constitucionalidade das leis penais que restringem o espaço decisório do juiz para fixação das penas e controle do seu progressivo cumprimento.

⁹¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 162. De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional da Itália, as previsões sancionatórias rígidas somente podem ser consideradas legítimas se, em razão da natureza do ilícito e da intensidade da sanção prevista, esta última seja razoavelmente proporcional em relação à inteira gama de comportamentos reconduzíveis ao específico delito. V. nesse sentido, Sentenza n. 50 de 1980.

5 UMA VISÃO GRADUALISTA DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS NÍVEIS DE INTENSIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em capítulo anterior, viu-se que uma resenha das mais distintas propostas jurídico-normativas de impor limites à jurisdição constitucional passam pela tentativa de equilibrar *democracia* (a vida política da sociedade demanda procedimentos de deliberação realizados por instituições representativas) e *constitucionalismo* (todos os Poderes se submetem à Constituição e devem garantir os direitos fundamentais). Defendeu-se a ideia, baseada na teoria democrático-deliberativa, de que a jurisdição constitucional tem a função de proteger o regime democrático e seus fundamentos (entre os quais, sem dúvida, se situam os direitos materialmente fundamentais). Por sua vez, a caracterização de um direito como materialmente fundamental depende da sua relação com o princípio da dignidade humana. É que o princípio da dignidade humana, como assinalou Daniel Sarmento, “*está presente, em maior ou menor intensidade, em todos os direitos materialmente fundamentais*”⁹²⁰.

Será materialmente fundamental, portanto, o direito que esteja abrangido por qualquer dos aspectos do princípio da dignidade humana. E a dignidade humana – que assume, portanto, a função de fonte de todos os direitos materialmente fundamentais⁹²¹ – tem os seguintes componentes: (i) “*o valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas*”; (ii) “*a igualdade, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta*”; (iii) “*a autonomia, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia*”; (iv) “*o mínimo existencial, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna*”; e (v) “*o reconhecimento, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas*”⁹²². Essas são premissas teóricas da qual este trabalho parte para desenvolver um modelo de controle de constitucionalidade das leis penais⁹²³.

⁹²⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira*: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 77-79.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 82.

⁹²² *Ibid.*, p. 86.

⁹²³ Fala-se em desenvolvimento de um modelo no sentido assinalado por Virgílio Afonso da Silva: “[d]esenvolver um modelo é, de um lado, uma tarefa analítica de alto grau de abstração que pretende, por outro lado, fornecer

Como já ressaltado, o principal papel de um tribunal constitucional é o de proteger os direitos materialmente fundamentais – que expressam qualquer das dimensões da dignidade humana – e resguardar as regras do jogo democrático⁹²⁴. Essas funções se entrelaçam numa definição dinâmica – porque há espaço para o pluralismo na disputa sobre a caracterização dos direitos como materialmente fundamentais e sobre quais são as regras mínimas exigidas para a manutenção de um ambiente de cooperação democrática⁹²⁵ – do papel que o Tribunal Constitucional deve desempenhar em um contexto democrático. Essa é a base fundamental sobre a qual se assenta a proposta de investir a jurisdição constitucional de um papel central na superação das graves disfuncionalidades do sistema de justiça criminal brasileiro. Essas disfuncionalidades, como já demonstrado, não se apresentam como meros desarranjos pontuais nem se limitam ao mal funcionamento da burocracia estatal. Elas produzem violações de direitos fundamentais específicos e, num contexto geral, atentam sistematicamente contra a dignidade humana de investigados, réus e presos.

São amplamente conhecidos tanto (i) os argumentos que normalmente sustentam as críticas à jurisdição constitucional sob o prisma do princípio democrático – a menor legitimidade dos juízes constitucionais frente aos parlamentares, a rigidez constitucional (que torna mais difícil para o parlamento neutralizar decisões de inconstitucionalidade), e a natureza aberta e controversa da interpretação da Constituição⁹²⁶ – quanto (ii) os argumentos normalmente utilizados para sustentar a presumida irrelevância da objeção democrática à justiça constitucional – o fato de que o controle de constitucionalidade, em geral, é previsto pela própria Constituição aprovada democraticamente e a possibilidade de harmonizar a proteção dos direitos fundamentais com o princípio democrático.

elementos para concreta interpretação e aplicação do direito” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176).

⁹²⁴ Essa é compreensão defendida, em termos gerais, por diversos autores. V., por todos, SCHLAICH, Klaus, “*El Tribunal Constitucional Federal alemán*”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. de L. Aguiar de Luque y M. G. Rubio de Casas. Madrid: CEC, 1984; ZAGREBELSKY, Gustavo; Marceno, Valeria, *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012.

⁹²⁵ O juiz constitucional não deve entender as normas constitucionais em termos de uma acabada predeterminação das opções políticas, mas, ao contrário, deve reconhecer que elas possuem estrutura aberta que limitam, embora não substituam, a decisão legislativa. V, sobre o tema, JAVIER, Jiménez Campo, “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, em AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 181.

⁹²⁶ FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997, p. 27.

Para tentar resolver esse conflito, duas grandes propostas teóricas ganharam destaque. Uma primeira – conhecida como teoria da “Constituição procedimental” – entende a justiça constitucional como uma salvaguarda contra possíveis abusos da maioria parlamentar, garantindo assim aqueles direitos de participação e acesso que deveriam caracterizar o texto constitucional, ideia da qual decorre a noção de que a garantia desses direitos de participação seria o único limite para o legislador democrático⁹²⁷. Já a segunda, diametralmente oposta – conhecida como “Constituição detalhista” – caracterizada pela tentativa de reduzir aquela iniludível margem de amplitude e indeterminação que normalmente caracteriza o texto constitucional, defende uma Constituição detalhista que objetivaria não apenas reduzir a margem de manobra do juiz, mas também vincular de maneira forte o legislador e, sempre que possível, os parlamentares futuros às escolhas constitucionais do passado⁹²⁸.

As propostas teóricas que angariaram maior grau de consenso tanto na doutrina comparada como na jurisprudência dos mais diversos Tribunais constitucionais se situam no meio termo entre as ideias de “Constituição procedimental” e de “Constituição detalhista”. Ferreres Comella desenvolveu uma consistente proposta intermediária, que se caracteriza pela preferência por uma Constituição substancial (não meramente procedimental) e de princípios (e não detalhes): os princípios que compõem essa estrutura constitucional permitem a superação de obstáculos impostos pelos limites textuais que inevitavelmente atingem os textos constitucionais detalhistas, favorecendo a proteção de novos direitos e alimentando o processo de democrático⁹²⁹.

A partir dessa concepção sobre a função da Constituição nas democracias, Ferreres Comella afirma que a principal justificação da jurisdição constitucional reside na contribuição que o juiz pode trazer para a manutenção da cultura de deliberação pública, o que resulta em

⁹²⁷ Em perspectiva claramente procedimentalista, adverte John Hart Ely que o Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger direitos e valores diretamente relacionados com o funcionamento da democracia. (Cf. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980). Na mesma trilha, a jurista canadense Christine Bateup preleciona que o uso judicial das virtudes passivas promove o diálogo constitucional por propiciarem aos poderes políticos de governo, em conjunto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais divisoras por meio de canais democráticos. (BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*, vol. 71, n. 3, 2006, p. 1.132.

⁹²⁸ FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997.

⁹²⁹ V. FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997. Para uma visão geral sobre o tema, V. BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitutional courts as positive legislators: a comparative law study*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011.

benefício das leis aprovadas⁹³⁰. E isso só é possível, na sua visão, se a jurisdição constitucional for desenvolvida com a observância de uma presunção de que a lei objeto de controle é constitucional⁹³¹. Em virtude desta presunção que protege a lei, o juiz deve atuar com deferência ao legislador e, assim, manter uma atitude de confiança nas razões que este aduz para justificar a lei questionada.

Para Ferreres Comella, a presunção de constitucionalidade das leis se baseia em três ordens de argumentos que devem guiar o juiz constitucional em caso de dúvida sobre a validade da lei: (i) o argumento *epistêmico*, segundo o qual a decisão adotada pelo legislador tem maior probabilidade de ser correta quando comparada com aquela adotada pelo juiz constitucional; (ii) o argumento da *igual dignidade política*, do qual resulta a compreensão de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo órgão representativo da vontade popular expressa potencialmente uma ofensa à igual dignidade das pessoas; e, por fim, (iii) o argumento da *possibilidade de correção dos erros*, segundo o qual é mais fácil corrigir o erro consistente em se declarar válida uma lei inválida quando se compara com o erro oposto, ou seja, se declarar inválida uma lei efetivamente válida⁹³².

A parte mais interessante e inovadora da formulação teórica de Ferreres Comella está na sua concepção graduada da presunção de constitucionalidade. Para ele, se é certo que o juiz constitucional deve se orientar por esta presunção de constitucionalidade da lei, existem casos nos quais essa presunção deve ser afastada ou amenizada. Desse modo, a presunção de constitucionalidade deixa de traduzir uma exigência geral de uma inconstitucionalidade grosseira ou flagrante como condição para a declaração da invalidade de uma lei e passa a ser compreendida como um princípio que admite qualificações ou exceções. A presunção de constitucionalidade das leis não pode ser aplicada uniformemente a todas as leis, independente do seu conteúdo ou do tipo de restrição de direitos por ela veiculada. Essa ideia será detalhada a seguir, a partir da relação entre os graus de presunção de constitucionalidade das leis e as intensidades do controle jurisdicional de constitucionalidade.

⁹³⁰ FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997, p. 130.

⁹³¹ *Ibid.*, p. 134.

⁹³² *Ibid.*, p. 163 e ss.

5.1 Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais a partir de uma presunção graduada de constitucionalidade dessas leis

Como defendeu Ferreres Comella, as leis que (i) dão tratamento desigual a grupos socialmente vulneráveis e (ii) aquelas que restringem direitos de participação política são presumidas inconstitucionais⁹³³. Além desses casos extremos em que as leis se presumem inconstitucionais porque atentam *prima facie* contra o princípio democrático, Ferreres Comella afirma que a jurisdição constitucional deve levar em conta fatores que podem reforçar a presunção de constitucionalidade das leis (como no caso da lei que goze de amplo consenso parlamentar e extraparlamentar⁹³⁴) ou reduzir tal presunção (quando, por exemplo, a lei afronta interesses dos grupos socialmente mais vulneráveis⁹³⁵, nos casos de restrição dos direitos de participação política⁹³⁶, ou, ainda, no caso em que leis antigas se mantenham no sistema por inércia⁹³⁷).

O grau de intervenção do controle de constitucionalidade na obra do legislador será, assim, inversamente proporcional ao grau de presunção de constitucionalidade da lei. Essa formulação conduz não apenas à identificação de graus de permissão para intromissão judicial na lei produzida pelo parlamento, mas também graus da própria presunção de constitucionalidade das leis⁹³⁸. A graduação da constitucionalidade das leis passa a ser construída a partir da conjunção de fatores que lhes rendem maior ou menor aderência ao princípio democrático. Em última análise, quanto maior a vinculação ao ideal democrático revelado pela lei – a partir dos critérios identificados de forma analítica por Comella –, maior será o grau presumido de compatibilidade com a Constituição. Essa posição, defendida por Ferreres Comella, contribuiu para a substituição da proposta *thayeriana* da

⁹³³ FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997, p. 141 e ss.

⁹³⁴ Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Rodrigo Brandão acentuou o seguinte: “[...] se o judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento, notadamente quando adotar uma postura ativista na aplicação de norma constitucional de natureza principiológica (i.e. direitos fundamentais), tende a comprimir o espectro de atribuições do Parlamento em favor de suas competências [...], parece natural que adote uma postura tão mais acanhada quanto mais sólido for o consenso obtido no Congresso Nacional” (BRANDÃO, R. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 269).

⁹³⁵ FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997, p. 242-268.

⁹³⁶ *Ibid.*, p. 269-275.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 218-226.

⁹³⁸ V., a esse respeito, MODUGNO, Franco. *Scritti sull'interpretazione costituzionale*. Napoli: Editoriale scientifica, 2008, p. 122.

inconstitucionalidade evidente⁹³⁹ – como condição para o reconhecimento da incompatibilidade das leis penais com a Constituição – por uma presunção *graduada* de constitucionalidade de leis.

No direito constitucional norte-americano, é muito debatida a Nota de Rodapé nº 4, inserida no voto proferido pelo Justice Stone, no caso *United States v. Carolene Products Co.*, julgado em 1938⁹⁴⁰, que sugeriu, de forma genérica, a aplicação mais restrita da presunção de constitucionalidade de normas que impusessem limitações a alguns direitos fundamentais, permitindo-se, assim, um controle mais rigoroso (“*strict scrutiny*”) dessas normas⁹⁴¹. A partir desse primeiro impulso, doutrina e jurisprudência norte-americanas desenvolveram a noção graduada da aplicação da presunção de constitucionalidade, baseada na afirmação de três diferentes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis (*strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* e *rational basis scrutiny*)⁹⁴².

Essa graduação da intensidade do controle de constitucionalidade das leis nos EUA em três níveis conta com uma formulação teórica de conteúdo similar no ambiente europeu. Com origem alemã, mas depois incorporado à cultura jurídica de outros países do continente, como a Espanha, o princípio da proporcionalidade também tem se prestado a graduar a intensidade do controle de constitucionalidade em função da intensidade da intervenção nos direitos fundamentais e da certeza das premissas sobre as quais se apoiam os argumentos a favor e contra a intervenção. O princípio da proporcionalidade dá lugar, igualmente, a três níveis de controle: (i) *controle de evidência*, aplicável às intervenções leves em direitos fundamentais, nas quais basta verificar que as premissas empíricas sobre as quais se apoia a intervenção não sejam evidentemente falsas; (ii) *controle intermédio ou de justificabilidade*, aplicável à

⁹³⁹ V., sobre essa ideia de que a presunção de constitucionalidade abrange todas as leis de forma indistinta, THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. *Harvard Law Review*, vol. 7, n. 3, 1893. Thayer expôs a tese – extraída de pontos comuns da jurisprudência norte-americana, de que o juiz só poderia invalidar aquelas leis que considere manifestamente inconstitucionais, para além de qualquer dúvida razoável (“beyond a reasonable doubt”). V., a propósito, COPELAND NAGLE, John. “Delaware & Hudson revisited”. *Notre Dame Law Review*, v. 72, 1997, p.1496.

⁹⁴⁰ EUA, Suprema Corte, Caso *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938)

⁹⁴¹ No original: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth”.

⁹⁴² V. KLEIN, Robert Forrest. *Rational basis? Strict scrutiny? Intermediate scrutiny? Judicial review in the abortion cases.* (case note). *Oklahoma City University Law Review*, vol. 9, n. 2, 1984, p. 321-322; NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald; YOUNG, Nelson. *Constitutional Law*. 2. ed. 1983, p. 443.

intervenções de intensidade média, em relação as quais se exige que as premissas que sustentam a intervenção sejam plausíveis; e (iii) *controle intensivo*, aplicável às intervenções mais gravosas em direitos fundamentais, contexto em que se exige uma elevada certeza das premissas empíricas que as sustentam. Esses níveis de intensidade de controle servem para amparar a conclusão de que a liberdade de conformação do legislador é reduzida – com a consequente ampliação da competência revisora do Tribunal constitucional – na exata medida em que se mostre mais intensa a intervenção legislativa no direito fundamental e também que se mostrem menos seguras as premissas empíricas que embasam a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade estrita da sua intervenção nos direitos fundamentais⁹⁴³.

Na América latina, a Corte Constitucional da Colômbia tem se destacado por seu esforço em parametrizar os graus de intensidade com que examina a razoabilidade e a proporcionalidade das leis⁹⁴⁴. De acordo com a jurisprudência colombiana, a regra geral do controle de constitucionalidade é a aplicação de um *teste leve* de proporcionalidade no exame da medida legislativa, critério que se fundamenta no princípio democrático, assim como na presunção de constitucionalidade das leis⁹⁴⁵. Nesse teste leve, a Corte se limita a determinar se o fim buscado é legítimo e se o meio empregado é idôneo para alcançá-lo. Apesar da jurisprudência colombiana ressaltar que não é apenas o conteúdo da disposição que determina a intensidade do juízo de constitucionalidade, a Corte tem aplicado um teste leve de proporcionalidade em casos que versam sobre matérias econômicas, tributárias, de política internacional, bem como nos casos em que se analisa a constitucionalidade de norma pré-constitucional revogada que ainda surte efeitos no presente e naqueles em que não é possível *prima facie* antever do contexto normativo do artigo questionado uma ameaça para o direito em questão⁹⁴⁶.

A jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia também reconhece que certas limitações constitucionais impostas ao legislador justificam um teste de maior intensidade em relação ao teste leve. A Corte tem empregado o chamado *teste intermediário* para analisar a razoabilidade de uma medida legislativa (i) quando a medida possa afetar o gozo de um direito

⁹⁴³ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 92.

⁹⁴⁴ TCC, Sentencias C-333 de 1994, C-265 de 1995, C-445 de 1995, C-613 de 1996, C-197 de 1997.

⁹⁴⁵ TCC, Sentencia C-673 de 2001.

⁹⁴⁶ TCC, Sentencia C-673 de 2001.

constitucional não fundamental, (ii) ou quando se trate de uma medida de ação afirmativa. Nesse teste intermediário, o nível de exigência na análise da constitucionalidade é maior, já que se exige não apenas que o fim seja legítimo, mas também constitucionalmente importante, além de demandar que o meio seja não apenas adequado, como também efetivamente fomentador da realização do fim buscado pela medida legislativa⁹⁴⁷.

Por fim, a Corte colombiana enunciou alguns casos em que tem aplicado um *teste estrito* de razoabilidade e proporcionalidade: (i) quando o legislador realiza uma classificação suspeita, (ii) quando a medida recai sobre pessoas em condições de debilidade manifesta, grupos marginalizados ou discriminados, setores sem acesso efetivo à tomada de decisões ou menores insulares e discretas, (iii) quando a medida que promove diferenciação entre pessoas ou grupos afeta gravemente o gozo de um direito constitucional fundamental, e, ainda, (iv) quando se examina uma medida que cria um privilégio⁹⁴⁸. De acordo com essa diretriz jurisprudencial, apenas no teste estrito é que a Corte examina a possibilidade de substituição da medida questionada por meios alternativos menos lesivos (teste de necessidade) e também verifica se as restrições impostas pela medida excedem os benefícios por ela produzidos (proporcionalidade em sentido estrito).

A Corte Constitucional da Colômbia tem realizado aquilo que ela própria denomina de *controle integrado de igualdade*, que combina o modelo europeu de controle da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) com os critérios estabelecidos pela Suprema Corte dos EUA para estabelecer a intensidade do controle⁹⁴⁹. É interessante notar que a orientação da Corte Constitucional colombiana é no sentido de que nos controles leve e intermediário se aplica apenas o juízo de adequação. A diferença é que no teste leve se adota uma versão particularmente fraca do subprincípio da adequação (verificação de aptidão *prima facie* do meio adotado para realizar o fim legislativo) e no teste intermediário se adota uma versão fraca tradicional do subprincípio da adequação (identificação de aptidão concreto do meio adotado para fomentar a finalidade). Essa proposta de balizamento das intensidades do controle de constitucionalidade não corresponde à orientação da jurisprudência alemã. Como se verá, o Tribunal Constitucional da Alemanha

⁹⁴⁷ Sentencia C-673 de 2001.

⁹⁴⁸ Sentencia C-673 de 2001.

⁹⁴⁹ Sentencia C-035 de 2016.

aplica cada uma das intensidades do controle aos três elementos ou juízos da proporcionalidade. Mesmo os controles leve e intermediário não dispensam os juízos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A escolha da intensidade do controle altera o modo como o princípio da proporcionalidade é operacionalizado, mas não muda a sua estrutura tripartite (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

A partir dos critérios estabelecidos pela Corte Constitucional da Colômbia, como visto, a menor intensidade do controle seria vocacionada ao controle de constitucionalidade de leis que tratam de matérias econômicas, tributárias, de política internacional. A intensidade intermediária seria aplicável às restrições de direitos constitucionais não fundamentais e às diferenciações de tratamento impostas por ações afirmativas. E a intensidade mais elevada estaria reservada para as restrições de direitos de minorias estigmatizadas e potencialmente discriminatórias. Além disso, embora os precedentes não estabeleçam esse critério de forma geral, as restrições graves de direitos materialmente fundamentais também recomendariam a utilização do controle intenso (teste estrito). Apesar da deficiência da orientação jurisprudencial colombiana no sentido de excluir do controle de legitimidade das leis os juízos de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito quando se opta pelas intensidades leve ou intermediária, o fato é que, em linha com a experiência germânica, apenas no controle intenso (teste estrito) a Corte se dispõe a verificar a legitimidade do próprio sopesamento legislativo.

Tais parâmetros imporiam a utilização do controle intenso a quase todas as leis penais, já que, em sua maioria, elas promovem intervenções graves em direitos fundamentais de alta relevância constitucional. Apesar disso, a jurisprudência colombiana não estabeleceu de forma clara e estável a intensidade do controle incidente sobre leis penais, embora tenha sugerido, em pelo menos duas oportunidades, a aplicação de teste estrito de proporcionalidade para leis penais que definam ou agravem delitos e penas⁹⁵⁰.

⁹⁵⁰ TCC, Sentencias T-762 de 2015 e C-191 de 2016. Na Sentencia C-470 de 2011, a Corte Constitucional da Colômbia aplicou um juízo de proporcionalidade intermediário à lei processual penal: “Así las cosas, con el fin de no estorbar el libre ejercicio de esa autonomía por parte del poder legislativo, resulta aconsejable no aplicar en este caso un test estricto, sino uno intermedio, o incluso de leve intensidad. (...) De otra parte es necesario considerar que, según se afirma en la demanda, la norma acusada sería inexecutable al afectar el ejercicio de varios importantes derechos fundamentales, la igualdad, el debido proceso y el acceso a la justicia. Esta razón conduce entonces en dirección contraria a la anterior, pues esa posibilidad de afectación justifica un mayor rigor en el análisis de la proporcionalidad de esta norma. Entonces, al apreciar conjuntamente esas dos reflexiones, concluye la Corte que lo adecuado es aplicar en este caso un test de intensidad intermedia.”

No Brasil, embora o Supremo Tribunal Federal, em sua experiência prática, module a intensidade do controle incidente sobre os mais variados atos normativos – ora assumindo um controle mais rigoroso e ora mais brando –, essas variações não são acompanhadas de uma proposta jurisprudencial organizada e coerente sobre os diferentes graus de intensidade de controle de constitucionalidade utilizados. É a doutrina que procura, observando as decisões do STF, classificar ou identificar a intensidade do controle exercido em cada caso.

Note-se, contudo, que, recentemente, o Ministro Gilmar Mendes, em voto por meio do qual propôs a declaração de inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal, sistematizou os três níveis de intensidade de controle de constitucionalidade das leis de acordo com a jurisprudência do Tribunal constitucional alemão. Destacou, de início, ser *“possível identificar, a partir da jurisprudência sedimentada pela Corte Constitucional alemã, três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais dos quais também podem extrair importantes balizas no controle da constitucionalidade de leis penais”*, quais sejam, *“a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); e c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle)”*⁹⁵¹. Esses três graus de intensidade no controle de constitucionalidade das leis foram assim resumidos pelo Ministro Gilmar Mendes: no primeiro nível, *“o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias”*; no segundo nível, *“o controle de justificabilidade está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento então disponíveis”*; e, no terceiro nível, *“o Tribunal examina, portanto, se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes”*⁹⁵².

A adoção de uma ou outra intensidade no controle de constitucionalidade das leis produz efeitos práticos bastante relevantes no resultado dos julgamentos realizados pelo Tribunal constitucional. Quanto maior a intensidade do controle, menor será o grau de deferência ao legislador e também o grau de presunção de constitucionalidade da lei. O abrandamento dos

⁹⁵¹ STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído). Íntegra do voto disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁹⁵² STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

critérios exigidos para a declaração de inconstitucionalidade da lei aumenta as chances de que a lei seja efetivamente invalidada. No primeiro grau de intensidade do controle de constitucionalidade – *controle de evidência* –, “a norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental”. Ao se valer dessa forma mais branda de controle de constitucionalidade, o Tribunal reconhece “*ampla liberdade de conformação*” e somente chega à declaração de inconstitucionalidade da norma quando ela adota medida “*totalmente inadequada ou complementamente insuficiente para o alcance do objeto de proteção*”, e desde que essas conclusões resultarem de “*juízo suficiente seguro*”⁹⁵³.

Já no segundo grau de intensidade – *controle de justificabilidade* –, “o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se verificar se o legislador levantou e considerou, diligente e suficientemente, todas as informações disponíveis, e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma”. Ao se valer dessa intensidade de controle, o Tribunal verifica “se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis”⁹⁵⁴. Por fim, no terceiro grau de intensidade do controle de constitucionalidade das leis – *controle intensivo* –, incumbe à jurisdição constitucional questionar se há fortes razões, baseadas em premissas dotadas de grande segurança, para justificar a restrição ao direito fundamental. Como lembrou o Ministro Gilmar Mendes, “quando estiver evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para, então, fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância”. Nesse caso, o controle “há de ser mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação realizada pelo legislador”⁹⁵⁵.

A identificação do nível de intensidade do controle resulta, num primeiro plano, de uma análise sobre a natureza do direito fundamental restringido e também sobre o grau da intervenção legislativa nesse direito. Quanto maior for a relevância axiológica do direito na ordem constitucional e também quanto mais grave for a restrição legislativa imposta a esse

⁹⁵³ STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

⁹⁵⁴ STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

⁹⁵⁵ STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

direito mais intenso será o controle de constitucionalidade. A maior parte dos trabalhos a esse respeito se baseiam na síntese formulada por Robert Alexy segundo a qual o controle leve ou de evidência é aplicado em face de intervenções leves nos direitos fundamentais, o controle intermediário ou de justificabilidade às intervenções médias em direitos fundamentais, e o controle estrito ou intensivo às intervenções graves ou intensas em direitos fundamentais⁹⁵⁶.

Esses níveis do controle de constitucionalidade parametrizados pela jurisprudência constitucional alemã passaram a ser conectados ao grau de presunção de constitucionalidade atribuído à lei controlada, o que influencia na distribuição do ônus argumentativo no processo constitucional bem como no grau de deferência prestado pelo Tribunal ao legislador. Quanto mais intensa for a restrição ao direito fundamental – cuja importância no sistema constitucional também pode ser graduada –, menor será o grau de presunção de constitucionalidade concedido à lei, o que atrai um controle mais intenso ou rigoroso (controle estrito ou material intensivo) da sua validade pela jurisdição constitucional. Ao contrário, quanto mais leve for a restrição ao direito fundamental, maior será o grau de presunção de constitucionalidade concedido à lei, o que atrai um controle mais brando (controle de evidência) da sua validade pela jurisdição constitucional.

Além disso, o reconhecimento à lei de maior grau de presunção de constitucionalidade impacta a distribuição da carga de argumentação no processo constitucional: quanto maior o grau de presunção de constitucionalidade, mais denso será o ônus argumentativo imposto a quem defende a inconstitucionalidade da lei; ao passo que, quanto menor for o grau de presunção de constitucionalidade, maior será o ônus argumentativo imposto ao legislador para justificar as premissas que justificam a restrição ao direito fundamental⁹⁵⁷. Em linhas gerais, a identificação do nível de intensidade do controle judicial da constitucionalidade das leis – o que vale não só para leis penais, mas para todas as leis – exige a consideração do objeto ou do conteúdo da lei, do grau de intervenção (*prima facie*) nos direitos fundamentais e do grau de legitimidade e representatividade democrática do órgão que produziu a norma controlada.

⁹⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁹⁵⁷ V., sobre o tema, LOPERA MESA, Gloria. *El principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 298.

Essa formulação jurisprudencial do Tribunal constitucional alemão, fortemente influenciada pela jurisprudência norte-americana, ganhou enorme prestígio no direito constitucional contemporâneo⁹⁵⁸. A jurisprudência alemã parte da ideia de que o nível apropriado de escrutínio judicial que uma lei sofrerá depende da área do direito constitucional que disciplina a legislação contestada, bem assim da importância constitucional do direito restringido e da intensidade da restrição.

Já na experiência norte-americana, o parâmetro de controle chamado de *rational basis scrutiny* é o nível mais baixo de revisão judicial, aplicável à legislação de natureza econômica. Ao aplicar esse *standard* ou teste, o Tribunal é bastante deferente à decisão legislativa: o controle se restringe a verificar se a lei está racionalmente relacionada para atingir o objetivo da legislatura. Ao utilizar esse padrão de escrutínio (*rational basis scrutiny*), o Judiciário raramente declara a inconstitucionalidade das leis⁹⁵⁹. O próximo nível de intensidade de controle é conhecido como *intermediate scrutiny*, segundo o qual a Corte examina a legislação com maior cuidado e menor deferência quando comparado com o *rational basis scrutiny*. Nesse caso, o Judiciário exige que a legislação tenha objetivos constitucionalmente relevantes e deve estar substancialmente relacionada com a realização desses objetivos. É comum se afirmar que esse teste intermediário se aplica à legislação que faz distinções com base no sexo das pessoas, por exemplo.

Já o escrutínio mais rigoroso (*strict scrutiny*) corresponde ao nível mais intenso de controle judicial da constitucionalidade das leis, e, portanto, de maior redução do grau de presunção da sua constitucionalidade. Esse teste costuma ser utilizado para aferir a legitimidade de restrições de direitos fundamentais, o que ocorre, por exemplo, quando se verifica a constitucionalidade das leis que afetam a cláusula do devido processo ou da proteção igualitária. A sujeição da lei a esse escrutínio mais rigoroso importa na redução da sua presunção de constitucionalidade, e, desse modo, no aumento das chances de que ela seja declarada inconstitucional⁹⁶⁰. Nesse campo do *strict scrutiny*, o Judiciário passa a controlar com maior ênfase os meios eleitos pela lei e os seus propósitos à luz da Constituição: o escrutínio pode

⁹⁵⁸ V., a propósito desses níveis de controle de constitucionalidade, ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 56 e ss.

⁹⁵⁹ V. Suprema Corte dos EUA, *Hodel v. Virginia*, 452 U.S. 314 (1981).

⁹⁶⁰ V. Suprema Corte dos EUA, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

incidir tanto na relação entre meios e fins, como também na legitimidade do próprio fim eleito pelo legislador⁹⁶¹.

Esse resumo dos níveis de controle da constitucionalidade das leis na tradição norte-americana poderia sugerir que as leis penais se sujeitariam ao escrutínio mais rigoroso (*strict scrutiny*). Entretanto, Sherry Colb demonstra que a Suprema Corte dos EUA, ao passo que submete outras privações de direitos fundamentais⁹⁶² a escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*)⁹⁶³, tem analisado as privações de liberdade usando apenas o escrutínio menos intenso (*rational basis scrutiny*)⁹⁶⁴. Para Colb, há pelo menos três justificativas possíveis – mas problemáticas – para a recusa à aplicação do escrutínio rigoroso às restrições à liberdade de ir e vir: (i) o entendimento de que a prisão é possível sempre que a conduta praticada puder ser proibida; (ii) a percepção de que a abundância de proteção processual poderia substituir a proteção

⁹⁶¹ O STF já fez uso dessa categoria para afirmar que as leis infraconstitucionais que contrariem precedente do próprio STF tomado com base na interpretação de cláusulas pétreas deveriam se submeter a um escrutínio mais rigoroso: “A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas” (STF, ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 01.10.2015).

⁹⁶² Os direitos fundamentais reconhecidos pela Suprema Corte dos EUA derivaram principalmente da cláusula do devido processo previsto pela décima quarta emenda, seja pela extensão da aplicação de liberdades explicitamente enumeradas na Carta de Direitos à ação dos Estados, seja pelo reconhecimento de não enumeradas. Esses direitos substantivos tirados da cláusula do devido processo foram reconhecidos como “implícitos no conceito de liberdade ordenada”. Uma consequência do reconhecimento desses direitos como implícitos na palavra “liberdade” é que “liberdade” na cláusula do devido processo significa mais do que apenas liberdade do encarceramento. V. COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: Why is this right different from all other rights? *New York University Law Review*, vol. 69, n. 4 5, 1994, p. 787.

⁹⁶³ V., por exemplo, Suprema Corte dos EUA, *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 113 S. Ct. 2217, 2233-34 (1993) (invalidando a ordenação que proíbe o sacrifício ritual de animais); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 112 S. Ct. 2538, 2547-49 (1992) (invalidando lei destacando conduta expressando mensagem de tipos específicos de grupo-animus como discriminação baseada em ponto de vista); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 402-20 (1989) (lei de invalidação que proíbe a profanação da bandeira como restrição baseada em ponto de vista contra mensagem de desprezo pelo governo); *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 618 (1984) (reconhecendo que “certos tipos de relacionamentos altamente pessoais” devem receber proteção associativa especial de acordo com a Constituição); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 383-87 (1978) (reafirmando o direito fundamental de se casar); *Roe v. Wade*, 410, U.S. 113, 155-56 (1973) (sustentando que, porque o direito da mulher de decidir se interromper a gravidez é fundamental, apenas um interesse convincente pode justificar a regulação estatal que prejudica esse direito).

⁹⁶⁴ COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: Why is this right different from all other rights? *New York University Law Review*, vol. 69, n. 4 5, 1994, p. 784. Problema semelhante pode ser encontrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional do Chile, que também adota o nível mínimo de intensidade de controle de constitucionalidade de leis penais. V., sobre o tema, LOPERA MESA, Gloria Patricia. “Principio de proporcionalidade y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol XXIV, n° 22, dez. 2011, p. 123.

constitucional substantiva; e (iii) a visão de que os tribunais deveriam ser deferentes ao legislativo em matéria penal da mesma maneira que são deferentes ao poder executivo em assuntos militares. Essas ideias, contudo, são incapazes de justificar o tratamento desigual da privação de liberdade do encarceramento pela Suprema Corte⁹⁶⁵.

A Suprema Corte dos EUA, desde o século XIX, reconhece que a liberdade de locomoção é um direito fundamental⁹⁶⁶. No julgamento no caso *Foucha v. Louisiana*, a Corte afirmou que um “Estado, de acordo com o seu poder de polícia, pode, obviamente, prender criminosos condenados para efeitos de dissuasão e retribuição”⁹⁶⁷. No mesmo sentido, no caso em *Meachum v. Fano*, a Suprema Corte afirmou que o direito à liberdade de ir e vir não sobrevive a uma condenação criminal⁹⁶⁸. Nesse julgamento, a Suprema Corte afirmou que a condenação criminal extingue validamente a liberdade de um réu “para capacitar o Estado a confiná-lo em qualquer de suas prisões”.

No entanto, como sintetizou Sherry Colb, a Suprema Corte dos EUA tem tratado o direito fundamental à liberdade de forma diferente de todos os outros direitos fundamentais. Embora a liberdade de locomoção seja um direito fundamental e essencial da cidadania, uma condenação criminal é capaz de “extinguir” esse direito⁹⁶⁹. Embora a condenação criminal deva ser “válida”, esse requisito impõe limites mínimos ao Estado: “uma condenação válida envolve muitas proteções processuais; no entanto, o único componente substantivo de uma condenação ‘válida’ é que a conduta criminosa não seja constitucionalmente protegida como um direito fundamental”⁹⁷⁰. Isso significa que não há nenhum ônus substancial de justificativa que o

⁹⁶⁵ COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: Why is this right different from all other rights? *New York University Law Review*, vol. 69, n. 4 5, 1994, p. 784.

⁹⁶⁶ Suprema Corte dos EUA, 155 U.S. 648 (1895); e 262 U.S. 390,399-401 (1923). Em *O'Connor v. Donaldson* – 422 U.S. 563 (1975) –, o Tribunal considerou que um adulto que não apresentar um perigo para si mesmo ou para os outros, mas que, apesar de tudo, é confinado num hospital psiquiátrico estatal, sofre uma privação de seu direito constitucional à liberdade do confinamento físico.

⁹⁶⁷ Suprema Corte dos EUA, 112 S. Ct. 1780 (1992).

⁹⁶⁸ Suprema Corte dos EUA, 427 U.S. 215 (1976).

⁹⁶⁹ COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: Why is this right different from all other rights? *New York University Law Review*, vol. 69, n. 4 5, 1994, p. 791-793.

⁹⁷⁰ Assim, segundo a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, por exemplo, uma pessoa não pode ser privada de sua liberdade como punição pela liberdade de expressão – *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254,277 (1964) –, associação – *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 444-45 (1963) – ou recusa em responder a uma pergunta que possa incriminá-la – *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441,453 (1972).

Estado deva suportar em virtude de sua decisão de regular a conduta por meio do encarceramento, mesmo que essa decisão prive o cidadão de um direito fundamental⁹⁷¹.

De acordo com essa orientação jurisprudencial, o Estado apenas tem o dever de provar que a lei penal passa pelo *rational basis scrutiny*, ônus que na prática é muito pouco exigente. Segundo esse modelo de controle, o Estado pode privar o indivíduo de sua liberdade sem justificação substantiva, desde que não se reconheça o direito do acusado de se engajar na conduta proibida⁹⁷². Para essa corrente jurisprudencial, assinala Sherry Colb, o Estado pode colocar atrás das grades aqueles que se engajam em atividade ameaçadora, desde que a atividade seja proibida pelo direito penal e não se qualifique como um direito fundamental⁹⁷³.

Essa tradição jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA tem sido objeto de diversas críticas, exatamente porque não é capaz de oferecer limitações substantivas à disponibilidade de encarceramento como meio de controle social. Essa ausência de limites materiais no direito norte-americano é atribuível, ao menos em parte, à presença de abundantes proteções processuais ao réu. Nesse sentido, a Suprema Corte pode não estar disposta a escrutinar substantivamente a prisão, pois permite que o procedimento sirva como um substituto para a substância na área da lei criminal. No entanto, como adverte Sherry Colb, os direitos processuais não exigem que o Estado justifique substancialmente o confinamento do indivíduo que cometeu a ofensa criminal. Se existe, de fato, um direito fundamental à liberdade de locomoção, então esse direito deve receber proteção substantiva e processual, escrutínio rigoroso, bem como exigir prova além de qualquer dúvida razoável. O procedimento não pode servir como substituto adequado da substância⁹⁷⁴.

O resultado da não submissão das leis penais ao escrutínio mais rigoroso (*strict scrutiny*) levou a Suprema Corte dos EUA a somente declarar inválida uma lei penal quando (i) a própria lei não tem relação razoável com qualquer interesse legítimo do Estado, (ii) o suposto criminoso tiver sido punido por conduta que é protegida pela Constituição, ou (iii) a punição for bárbara

⁹⁷¹ COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: Why is this right different from all other rights? *New York University Law Review*, vol. 69, n. 4 5, 1994, p. 793.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 793.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 794.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 813-816.

ou grosseiramente desproporcional à conduta criminosa⁹⁷⁵. A baixa intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais nos EUA não encontra explicação coerente na doutrina que estabelece os diferentes níveis do controle de constitucionalidade a partir da relevância do direito fundamental restringido e do grau dessa restrição.

Na Alemanha, embora o Tribunal constitucional tenha anunciado que praticaria um controle intensivo de constitucionalidade sobre leis penais – a restrição à liberdade de locomoção, em particular, justificaria a submissão dessas leis a um controle especialmente estrito ou rigoroso –, já se demonstrou que, na prática, a jurisdição constitucional alemã ainda resiste a imputar maior carga probatória ao legislador quanto à demonstração de que a restrição de direitos imposta pela lei penal apresente densa justificativa. Como lembrou Gloria Mesa, ao considerar constitucional a pena perpétua, o Tribunal constitucional alemão afirmou que “*os efeitos nocivos da prisão perpétua não estão demonstrados de modo conclusivo*”, quando, em verdade, era preciso que o legislador demonstrasse com segurança ou, pelo menos, com alta probabilidade, que tais efeitos não se produzem. E mais: se o Tribunal realizasse efetivamente um controle intensivo da constitucionalidade de leis penais, exigiria que as premissas empíricas relativas à idoneidade e à necessidade de medida restritiva (pena perpétua) fossem seguras. Contudo, curiosamente, a decisão omitiu por completo toda a argumentação relacionada com a necessidade da medida, ao passo que, em relação à idoneidade preventiva, privilegiou a finalidade preventivo-integradora da pena (de reafirmação de valores da ordem jurídica pela aplicação da pena), cuja verificação empírica não é possível. Desse modo, a despeito de ter anunciado um controle intensivo sobre as leis penais, o Tribunal constitucional alemão tem praticado, em realidade, um controle intermédio (de justificabilidade)⁹⁷⁶.

Esses diferentes níveis ou intensidades do controle de constitucionalidade de leis criados pelas jurisprudências norte-americana e alemã servem como vetores para parametrizar a atuação da jurisdição constitucional, funcionando como critérios normativos de balizamento da intensidade do controle jurisdicional de validade das leis. Tais critérios são encontrados a partir do equilíbrio sensível entre os valores do *constitucionalismo* e da *democracia*. O grau de presunção de constitucionalidade de uma lei depende da sua relação com a estrutura

⁹⁷⁵ COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: Why is this right different from all other rights? *New York University Law Review*, vol. 69, n. 4 5, 1994, p. 817.

⁹⁷⁶ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 557-560.

fundamental da Constituição (como os direitos fundamentais) e do seu *pedigree* democrático. Quanto mais democrático (mais inclusivo, participativo, aberto e transparente) for o processo de formação e produção da lei maior deve ser o seu grau de presunção de constitucionalidade perante a jurisdição constitucional. Do mesmo modo, quanto menos restritiva a direitos fundamentais for a lei, maior deverá ser o seu grau de presunção de constitucionalidade. Por outro lado, leis produzidas com grau reduzido de informação, participação e consenso possuem grau reduzido de presunção de constitucionalidade. O mesmo acontece com leis que impõem graves e profundas restrições a direitos fundamentais de extraordinária importância.

Há, portanto, uma relação indissociável – e inversamente proporcional – entre o grau de presunção de constitucionalidade da lei e a intensidade do controle de constitucionalidade que incide sobre ela. Quanto maior for a presunção de constitucionalidade da lei, mais deferente (menos intenso) deve ser o controle jurisdicional de validade sobre ela exercido. A atribuição de menor grau de presunção de constitucionalidade à lei impõe o exercício de controle jurisdicional mais intenso sobre a sua constitucionalidade.

É necessário reconhecer, assim, que a ideia tradicional de que todas as leis gozam do mesmo grau de presunção de constitucionalidade e de que o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é exercido sempre com a mesma intensidade não corresponde à experiência prática da jurisdição constitucional contemporânea. As leis possuem graus diversos de presunção de constitucionalidade e os Tribunais fiscalizam a validade constitucional das leis com variados graus e intensidades a depender do modo como essas leis foram feitas e do conteúdo que elas apresentam. Se nos EUA e na Alemanha, a jurisdição constitucional se vale expressamente desses níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis, em outros países, como no Brasil, a referência a esses parâmetros não costuma aparecer nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Nem por isso, contudo, se nega que também no Brasil a jurisdição constitucional dosa, na prática, a intensidade do controle de validade das leis: em alguns momentos submete determinadas leis a um controle intenso, rigoroso e estrito; e, em outros casos, submete certas leis a um controle leve, brando e pouco rigoroso.

Ainda que o STF não tenha adotado essa distinção entre os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade, nada impede – ao contrário, tudo recomenda – que se procure realizar o esforço de identificar os variados graus de intensidade do controle por ele exercido nos diversos ramos do direito, a fim de se obter maior coerência e integridade da jurisdição

constitucional brasileira. Afinal, as variações das intensidades com que as diversas leis têm a sua constitucionalidade controlada pelo STF não devem ser fruto do acaso, de particularismos ou de voluntarismos. Ao contrário, devem resultar da aplicação coerente de critérios normativos legítimos, transparentes e objetivamente controláveis.

A ideia de graduar a intensidade do controle de constitucionalidade foi incorporada e aperfeiçoada no Brasil por Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento, que procuraram fixar parâmetros para “*calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e, também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário*”⁹⁷⁷. Esses autores adotaram uma concepção gradualista⁹⁷⁸ sobre a presunção de constitucionalidade das leis, a partir dos seguintes *standards*: (i) *grau de legitimidade democrática* – quanto mais democrático for o processo de aprovação da lei, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade; (ii) *condições de funcionamento da democracia* – o Judiciário deve ser mais ativista na proteção dos pressupostos mínimos de funcionamento da democracia; (iii) *proteção de minorias estigmatizadas* – leis que impactem negativamente os direitos de minorias estigmatizadas devem ter relativizada a presunção de constitucionalidade; (iv) *fundamentalidade material dos direitos em jogo* – leis que impactem negativamente os direitos materialmente fundamentais devem ter relativizada a presunção de constitucionalidade; (v) *comparação de capacidades institucionais* – quanto menor for a *expertise* do Judiciário no

⁹⁷⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 460-463.

⁹⁷⁸ A oposição metodológica entre as concepções binária e gradualista de interpretação do direito recebeu interessante tratamento por parte de Conrado Hubner Mendes: “Há duas maneiras de se pensar em conceitos políticos e jurídicos que se manifestam em diversas partes deste texto. Poderíamos chamar esses dois estilos analíticos de binarismo e gradualismo. Binário é o raciocínio estruturado a partir de dicotomias abrangentes e rígidas, isto é, limita-se a verificar se um objeto tem ou não determinada qualidade (por exemplo: se um regime é democrático ou autoritário, se alguém é de esquerda ou de direita, se uma lei é constitucional ou inconstitucional). Gradualista, por sua vez, é o raciocínio que nos permite avaliar a medida de certa qualidade, o grau de realização de determinado ideal. Não se preocupa em dizer se algo é ou não é, mas em que medida algo é ou não é, o quanto se aproxima ou se distancia desse ideal (da democracia, da esquerda e assim por diante). Não se acomoda à definição do modelo ideal, mas desenvolve parâmetros de mensuração e defende que pontos mais próximos do ideal são, obviamente, mais desejáveis. Verbos como maximizar e minimizar, aproximar e distanciar, aumentar e diminuir, favorecer e desfavorecer, aperfeiçoar e piorar, progredir e retroceder são os mais apropriados para uma análise gradualista. (...) Antes de se rejeitar, pura e simplesmente, certas nuances devem ser levadas em conta. Costuma haver, no gradualismo, um elemento binário sem o qual ele não consegue operar. Ele não abre mão, na maioria das vezes, de dicotomias, mas as submete a um tratamento diferente: em vez de girar em torno de duas categorias estanques, pega-as emprestado e as trata como tipos-puros, que jamais se realizam por inteiro na realidade, mas em diferentes graus. Além disso, a estratégia gradualista precisa postular e convencionar alguma fronteira, algum limiar a partir do qual o objeto estudado passa a estar mais próximo de um dos extremos do contínuo (o limiar a partir do qual, por exemplo, um regime deixa de ser chamado de autoritário e passa a ser considerado democrático)” (HUBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 31-33).

setor disciplinado pela norma, maior deve ser a sua deferência ao legislador; e (vi) *momento da edição do ato normativo* – normas pré-constitucionais não gozam da mesma presunção de constitucionalidade das leis pós-constitucionais. Esses critérios serão utilizados, a seguir, para desenvolver a noção de presunção graduada de constitucionalidade de leis penais no Brasil⁹⁷⁹.

Esses critérios especificam e conferem maior operacionalidade à noção geral de que quanto mais relevante for o direito fundamental restringido, quanto maior a intensidade com que a restrição é imposta e quanto menor o grau de legitimidade e representatividade democrática do órgão que produziu a restrição, mais intenso deve ser o controle de constitucionalidade aplicado pelo Judiciário. Entre outras consequências que a adoção de um nível mais intenso de controle de constitucionalidade das leis produz, a mais evidente é justificação da adoção de uma postura mais *proativa* – e, portanto, de menor *autocontenção* – no exame da legitimidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais. Isso significa, entre outras coisas, que restrições intensas a direitos fundamentais de elevada importância axiológica terão sua constitucionalidade analisada com maior profundidade, com menor deferência, a partir de critérios formais e materiais mais rígidos, e com imputação de maior ônus argumentativo e probatório ao legislador.

5.2 A presunção graduada de constitucionalidade de leis penais no Brasil

As importantes formulações teóricas e jurisprudenciais – que passam pela tradição continental-europeia, pelos Estados Unidos da América e chegam até o Brasil – analisadas acima contribuíram para desconstruir o poderoso dogma que sobrepairava toda a atividade da

⁹⁷⁹ O Ministro Luís Roberto Barroso propôs a utilização desses critérios para averiguar a constitucionalidade da lei penal que criminalizava a pederastia no ambiente militar: “Além disso, na obra acima, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento propõem parâmetros para a autocontenção judicial no controle de constitucionalidade das leis (p. 460-463), e todos eles reforçam a conclusão de que o art. 235 do CPM é inconstitucional: (i) o grau de legitimidade democrática do diploma é nulo, haja vista as circunstâncias de sua edição, já analisadas acima; (ii) as condições de funcionamento da democracia são comprometidas pela norma, já que ela reduz as possibilidades de participação plural nas Forças Armadas; (iii) a proteção de minorias estigmatizadas não é favorecida pelo dispositivo, pelo contrário: ele aprofunda a discriminação e a estigmatização de homossexuais, como se eles fossem incapazes de exercer a atividade militar, o que não tem qualquer comprovação empírica; (iv) quanto à relevância do direito material em jogo, a orientação sexual liga-se à liberdade existencial do indivíduo, não se podendo exigir a modificação de um aspecto central de sua personalidade como condição para acesso ou permanência nas Forças Armadas, sob pena de violação à sua dignidade; (v) o Poder Judiciário não tem déficit de capacidade institucional em relação aos outros Poderes para se pronunciar sobre o tema, pois ele não demanda expertise técnica; e (vi) a época da edição do ato impugnado também não o favorece, uma vez que foi editado em contexto não democrático e reflete uma concepção de mundo ultrapassada” (STF, ADPF 291, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 28.10.2015).

jurisdição constitucional segundo o qual todas as leis gozavam do mesmo nível de presunção de constitucionalidade e deveriam ser encaradas pelo Judiciário com o mesmo grau de deferência. Uma presunção de constitucionalidade que assuma contornos uniformes para todas as leis é contrária à própria estrutura das Constituições contemporâneas.

Embora ainda seja amplamente aceita pelo pensamento jurídico tradicional a noção idealizada da unidade da Constituição – que serve à pretensão de imputar a ela uma sistematicidade orgânica que não existe –, é também assentada no direito constitucional atual a ideia de que a Constituição protege certos direitos e determina fórmulas institucionais com maior ênfase ou de maneira mais intensa. Os direitos que se relacionam de forma mais estreita com o princípio democrático e com o princípio da dignidade humana gozam de posição privilegiada no sistema de normas constitucionais. Como consequência dessa ideia, é correto afirmar que leis que restrinjam direitos materialmente fundamentais ou reduzam o nível de participação política dos indivíduos devem ser vistas com maior grau de desconfiança pela jurisdição constitucional. A presunção de constitucionalidade dessas leis deve ser reduzida, quando não invertida e transformada em presunção de inconstitucionalidade. Isso acarreta uma mudança importante no modo como o Tribunal enfrenta o problema da constitucionalidade das leis penais.

Em primeiro lugar, a redução ou a inversão da presunção de constitucionalidade da lei altera a carga ou o ônus argumentativo exigido para a invalidação dessa lei. O grau de certeza da incompatibilidade da lei com a Constituição exigido para a declaração das leis que gozam de alto grau de presunção de constitucionalidade é bem elevado. A amenização ou a inversão da presunção de constitucionalidade da lei tem como consequência a imputação de um maior ônus argumentativo ao legislador na defesa da constitucionalidade dessa lei perante o STF.

Em segundo lugar, o afastamento do dogma da presunção uniforme da constitucionalidade das leis impede que a jurisdição constitucional se utilize dessa retórica da deferência máxima ao legislador para deixar de enfrentar substancialmente as questões de constitucionalidade de leis penais. O reconhecimento de diferentes graus de presunção de constitucionalidade – que vão desde a mais elevada presunção de constitucionalidade até a presunção de inconstitucionalidade⁹⁸⁰ – altera a intensidade e a profundidade com que os

⁹⁸⁰ Ferreres Comella defende a existência de casos em que se presumiria não a constitucionalidade, mas a inconstitucionalidade da lei, tais como as hipóteses de afetação de direitos de grupos social e economicamente

argumentos arguidos contra a constitucionalidade da lei devem ser enfrentados pelo STF. Quanto maior o grau de presunção de constitucionalidade da lei, menor será a intensidade do controle jurisdicional que incide sobre ela.

Em terceiro lugar, permite racionalizar a atividade da jurisdição constitucional, permitindo maior controle sobre os elementos por ela considerados para elevar ou reduzir a presunção da constitucionalidade das leis, e, conseqüentemente, a intensidade do controle de constitucionalidade dessas leis. A escolha dos parâmetros que orientam a atribuição de graus de presunção de constitucionalidade das leis também deve se sujeitar ao controle de legitimidade constitucional. Esses parâmetros devem funcionar como modos de densificação ou concretização do princípio democrático. Ao invés de simplesmente afirmar que as leis que ampliam ou aprofundam o princípio democrático gozam de maior presunção de constitucionalidade – e que as leis que restringem esse princípio têm reduzida a sua presunção de constitucionalidade –, se identificam critérios mais objetivos (dotados de maior densidade normativa) para aferir a proximidade ou o afastamento da lei em relação ao princípio democrático.

A substituição do dogma da presunção uniforme de constitucionalidade das leis por uma concepção gradualista de presunção de constitucionalidade ainda não foi incorporada adequadamente à jurisdição constitucional brasileira no campo penal. Partindo da proposta de identificação de parâmetros para calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos formulada por Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento, é possível concluir que as leis penais incriminadoras – e todas as demais leis que ampliam ou aprofundam o poder punitivo estatal no campo penal – gozam, no Brasil e via de regra, de fraca presunção de constitucionalidade. Isso porque, no Brasil, as leis penais (i) restringem gravemente múltiplos direitos dotados de fundamentalidade material, (ii) impactam desproporcionalmente minorias estigmatizadas, (iii) retiram os apenados da vida política, restringindo seus direitos de participação política; (iv) são produzidas, via de regra, sem a devida consideração das informações necessárias à compreensão do problema a ser enfrentado e sem produção de estudo de impacto do ato legislativo; e (v) são resultado de processos legislativos pouco informados e cujo grau de deliberação efetiva é bastante reduzido. Todos esses elementos recomendam a

vulneráveis e de restrição de direitos de participação política. V. FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997, p. 199 e ss.

adoção de uma postura de forte desconfiança por parte da jurisdição constitucional sobre as leis penais.

Critério da fundamentalidade material dos direitos em jogo. Como se disse, leis que impactem negativamente os direitos materialmente fundamentais devem ter relativizada a presunção de constitucionalidade. Leis penais no Brasil cominam penas de prisão a praticamente todos os tipos penais incriminadores. E a maior parte das penas restritivas de liberdade aplicadas não são substituídas por penas restritivas de direito. As penas de prisão restringem, no mínimo, os seguintes direitos materialmente fundamentais: (i) a liberdade de locomoção, que se vê gravemente restringida durante o tempo de permanência no cárcere; (ii) o livre desenvolvimento da personalidade, na sua manifestação como faculdade para dispor do próprio tempo durante a estada na prisão, é subtraída do apenado, que está obrigado a cumprir horários e distribuir seu tempo e suas tarefas de forma programada pelo estabelecimento prisional; (iii) a intimidade pessoal e familiar, substancialmente limitada pela autorização para a prática rotineira de revistas aos internos, incluída a nudez integral, assim como do registros dos seus pertences, em razão da possibilidade de compartilhar a cela com outros reclusos, assim como pela limitações impostas à comunicação com seus familiares e amigos em relação à frequência, duração e circunstâncias pelas quais se dá essa comunicação; (iv) inviabilidade do direito à correspondência privada, cujo envio e recepção se submete a especiais condições, sendo autorizada sua intervenção sem prévia ordem judicial por parte das autoridades penitenciárias; (v) o direito à informação, considerando a possibilidade de restringir a circulação e disposição de livros, revistas, periódicos e aparatos de rádio e televisão; (vi) o direito de propriedade, que compreende o direito de usar os próprios pertences, cuja limitação se autoriza quando se trata de dinheiro e outros objetos de valor não autorizados, ou que se considerem perigosos ou de procedência ilícita; e (vii) os direitos de reunião e associação, bem como a liberdade de expressão, que são submetidos a graves restrições como consequência do regime disciplinar da prisão⁹⁸¹.

A grande quantidade de direitos materialmente fundamentais restringidos pela pena de prisão conduz à significativa redução da presunção de constitucionalidade das leis penais que cominem como sanção a pena privativa de liberdade. Essa redução da presunção de constitucionalidade da lei será tanto maior quanto menores forem as possibilidades de

⁹⁸¹ V. TCC, Sentencia C-185/11, j. em 16.03.2011.

substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito. Se as altas penas cominadas em abstrato pelo legislador ao delito, cumuladas com uma prática judicial de rejeição à possibilidade de substituição por restritiva de direito, resultarem em alta probabilidade de que a condenação sujeite o réu ao cumprimento da pena de prisão, se pode falar em uma drástica redução da presunção de constitucionalidade da lei.

Critério da proteção de minorias estigmatizadas. Leis que impactem negativamente os direitos de minorias estigmatizadas devem ter relativizada a presunção de constitucionalidade. O direito penal brasileiro é altamente seletivo e segue uma tendência de orientar o processo de criminalização, fundamentalmente, “*contra comportamentos característicos de camadas mais baixas e marginalizadas da população, excluindo ou minimizando comportamentos socialmente danosos, característicos das classes dominantes e ligados à acumulação do capital*”⁹⁸². No Brasil, a política criminal real se expressa, de um lado, por meio de uma grande efetividade do controle criminal dos delitos contra a propriedade praticados por jovens, pobres e com baixo nível de escolaridade, e por outro lado, por uma forte imunidade assegurada a comportamentos socialmente danosos (tais como delitos fiscais e econômicos⁹⁸³) praticados por grupos sociais hegemônicos⁹⁸⁴.

Várias pesquisas empíricas demonstram que o direito penal produz impacto desproporcional sobre minorias estigmatizadas. Como destacou Camila Dias, “[é] sintomático que os crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas, juntos, sejam responsáveis por 75% do total de presos condenados no Brasil. Trata-se de modalidades criminais em relação às quais, historicamente, tem-se um envolvimento dos segmentos mais pobres da população e que sistematicamente são alvos das agências de controle”⁹⁸⁵. Em relação aos presos pela prática dos delitos de tráfico de drogas, pesquisas comprovam que a grande maioria dos presos portava

⁹⁸² KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, penas e fantasias*. Niterói: Ed. Luam, 1991, p. 75-76.

⁹⁸³ V., sobre o tema, BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier-FGV, 2012. p. 147-175.

⁹⁸⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: Introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 513.

⁹⁸⁵ DIAS, Camila Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. Friedrich Ebert Stiftung, *Análise*, n. 28, 2017, p. 11. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13444.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

pequenas quantidades no momento da sua apreensão e que foram presos em flagrante⁹⁸⁶. O fato de a prisão em flagrante ser a principal porta de entrada para o sistema de justiça criminal indica que os segmentos sociais mais vulneráveis à abordagem das polícias militares irão compor a maior parte da população carcerária⁹⁸⁷. No período entre 2007 e 2012, o encarceramento de negros foi 150% maior do que o de brancos⁹⁸⁸. Do total de presos brasileiros, cerca de 75% sequer iniciou o Ensino Médio, apenas 11% estão envolvidos em alguma atividade educacional durante o cumprimento da pena e mais de 70% dessa pequena parcela de presos que tem acesso à educação cursaram apenas o ensino fundamental⁹⁸⁹. Está comprovado, portanto, que as leis penais têm, via de regra, impacto negativo desproporcional sobre uma minoria estigmatizada da sociedade brasileira (jovens negros, pobres e com baixa escolaridade)⁹⁹⁰.

Critério das condições de funcionamento da democracia. A Constituição de 1988 consagra a universalidade do direito de sufrágio (art. 14, *caput*), e estabelece a suspensão dos direitos políticos apenas após “a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos” (art. 15, inciso IV). O condenado por sentença transitada em julgado tem suspensos seus direitos políticos, perdendo, portanto, o direito ao voto. Por outro lado, os presos provisórios, embora tenham pleno gozo dos seus direitos políticos, têm tido o direito ao voto sistematicamente negado pela Justiça Eleitoral brasileira. Depois de sucessivas Resoluções do TSE que estabeleciam a mera possibilidade de instalação de seções eleitorais especiais em penitenciárias⁹⁹¹, a fim de assegurar que os presos provisórios tenham assegurado o direito ao voto, a Resolução 23.461 do TSE, de 15.12.2015, estabeleceu uma obrigação de instalação dessas seções eleitorais⁹⁹². A exclusão do processo político aprofunda a marginalização dessas

⁹⁸⁶ DIAS, Camila Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. Friedrich Ebert Stiftung, *Análise*, n. 28, 2017, p. 11. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13444.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁹⁸⁷ V. sobre o tema, INSTITUTO SOU DA PAZ. *O impacto da Lei de Cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. São Paulo: 2014.

⁹⁸⁸ V. Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil. Disponível em: http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0010/1092/Mapa_do_Encarceramento_-_Os_jovens_do_brasil.pdf. Acesso em: 14.04.2018.

⁹⁸⁹ DIAS, Camila Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. Friedrich Ebert Stiftung, *Análise*, n. 28, 2017, p. 14-15.

⁹⁹⁰ V. ADORNO, Sérgio. “Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo”. *Novos Estudos*, Cebrap, 43, p. 45-63, nov.1995.

⁹⁹¹ Neste sentido, é emblemática a redação do art. 19 da Resolução 22.712/2008, que estabelecia: “Art. 19. Os juízes eleitorais, sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, poderão criar seções eleitorais especiais em penitenciárias, a fim de que os presos provisórios tenham assegurado o direito de voto”.

⁹⁹² A propósito, V. o seguinte trecho da Resolução 23.461/2015 do TSE: “O Tribunal Superior Eleitoral, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral e o art. 105 da Lei no 9.504, de 30 de

minorias estigmatizadas sistematicamente pelo sistema de justiça criminal. Daniel Sarmento e Silvana Batini Góes, em representação dirigida à Procuradoria-Geral da República no ano de 2009, questionaram: “*Será que a sistemática exclusão política dos presos provisórios no Brasil não contribuiu para a persistência deste quadro tão desalentador? Será que o voto, e o “empoderamento” que ele gera, não pode ser fator decisivo para superação da calamitosa situação dos estabelecimentos prisionais no Brasil?*”⁹⁹³.

Como se viu no diagnóstico do sistema de justiça criminal apresentado no início deste trabalho, hoje o Brasil tem quase trezentos mil presos provisórios e mais de quatrocentos e trinta mil presos considerados definitivos. A partir dessa premissa, se pode afirmar que, em um universo de cerca de 144 milhões de eleitores brasileiros, cerca de 0,3% do eleitorado nacional estará impedido de votar em razão de condenação definitiva. Também se poderia cogitar que, se nenhum preso provisório tivesse garantido o direito de votar, apenas cerca 0,2% do eleitorado nacional seria atingido por essa restrição ilegítima ao direito de participação política. Esses dados devem ser vistos com alguma cautela por pelo menos duas razões. *Em primeiro lugar*, porque “*a extensão do impacto da prisão pode ser quintuplicado se considerarmos não apenas os presos, mas, o fluxo de pessoas – entradas e saídas – no sistema prisional*”⁹⁹⁴. Assim, o número de pessoas efetivamente presas “*é muito maior do que o número absoluto da população carcerária*”. Apesar da precariedade dos dados, há pesquisa que aponta que, apenas no ano de 2014, mais de “*1 milhão de pessoas passaram pelo sistema prisional*”⁹⁹⁵.

setembro de 1997, resolve expedir a seguinte instrução: Art. 1º Esta resolução estabelece procedimentos para a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos prisionais e em unidades de internação de adolescentes nas eleições de 2016 e dá outras providências. Art. 2º Os Juízes Eleitorais, sob a coordenação dos Tribunais Regionais Eleitorais, criarão seções eleitorais especiais em estabelecimentos prisionais e em unidades de internação, a fim de que os presos provisórios e os adolescentes internados tenham assegurado o direito de voto ou a justificação. Parágrafo único. Para efeito desta resolução, consideram-se: I - presos provisórios: as pessoas recolhidas em estabelecimentos prisionais sem condenação criminal transitada em julgado; II - adolescentes internados: os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos submetidos a medida socioeducativa de internação ou a internação provisória, nos termos da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; III - estabelecimentos prisionais: todas as instalações e os estabelecimentos onde haja presos provisórios; IV - unidades de internação: todas as instalações e unidades onde haja adolescentes internados. Art. 3º As seções eleitorais serão instaladas nos estabelecimentos prisionais e nas unidades de internação com, no mínimo, vinte eleitores aptos a votar. Parágrafo único. Quando o número de eleitores não atingir o mínimo previsto neste artigo, os eleitores habilitados serão informados da impossibilidade de votar na seção especial, podendo, nesse caso, justificar a ausência. (...)”.

⁹⁹³ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/representacao-mpf-rj-presos-vota.pdf>>. Acesso em: 14.04.2018.

⁹⁹⁴ DIAS, Camila Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. Friedrich Ebert Stiftung, *Análise*, n. 28, 2017, p. 8.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 8.

*Em segundo lugar, porque “a categoria ‘preso provisório’ é utilizada em documentos oficiais, acadêmicos, jornalísticos etc. para designar apenas os presos que não foram julgados sequer na 1ª instância”, de modo que “os presos que foram condenados mas recorreram à instâncias superiores – e que juridicamente também são, portanto, considerados ‘provisórios’ – estão classificados como ‘condenados’”*⁹⁹⁶. Desse modo, e a partir dos dados disponíveis, é possível concluir que há um subdimensionamento do número de presos provisórios no Brasil.

No direito comparado, há sinais de que a restrição do direito ao voto para os presos é incompatível com o princípio democrático. A Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu, no caso *Hirst v. Reino Unido*, que a lei britânica que proibia qualquer pessoa condenada de votar violava o direito ao sufrágio universal garantido pelo art. 3º do Protocolo n. 1 da União Europeia⁹⁹⁷. Nessa decisão, tomada no ano de 2005, a CEDH considerou que a proibição, que na época atingia 48 mil presos, feria a garantia de eleições livres no país. As razões dessa decisão mostram que a CEDH entendeu que a restrição ao direito de votar de forma generalizada para todos os condenados presos ofendia a obrigação dos Estados-membros de realizar eleições livres em intervalos razoáveis por meio do voto secreto, em sufrágio universal, sob a condição de assegurarem o direito fundamental da livre expressão de opinião das pessoas na escolha dos seus representantes.

No julgamento do caso, a Corte Europeia informou que 18 países da região permitiam que seus presos votassem sem qualquer restrição, 13 proibiam o voto para os presos e outros

⁹⁹⁶ DIAS, Camila Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. Friedrich Ebert Stiftung, *Análise*, n. 28, 2017, p. 8.

⁹⁹⁷ A Grande Câmara da CEDH decidiu, por 12 votos a 5, que houve uma violação do art. 3º do Protocolo 1 pelas seguintes razões: “embora o Tribunal reitere que a margem de apreciação é ampla, isso não abarca tudo. Ademais, embora a situação tenha melhorado com a Lei de 2000, que pela primeira vez concedeu o voto a pessoas detidas preventivamente, a seção 3 da Lei de 1983 continua a ser um instrumento contundente. Ela retira do direito convencional de votar uma categoria significativa de pessoas e faz isso de uma forma que é indiscriminada. A disposição impõe uma restrição geral a todos os presos condenados enquanto ainda na prisão. Ela aplica-se automaticamente a esses prisioneiros, independentemente da duração da sua pena e independentemente da natureza ou gravidade de seu delito e suas circunstâncias individuais. Tal restrição geral, automática e indiscriminada a um direito convencional de vital importância deve ser vista como estando fora de qualquer margem aceitável de apreciação, o quão ampla possa ser essa margem, e como sendo incompatível com o artigo 3º do Protocolo n. 1”. Disponível em: <http://portales.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/SRCE15_%20Suspensión%20del%20derecho%20al%20sufragio%20de%20los%20presos.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018. V., sobre o tema, NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica: pressupostos conceptuais e ponderações autocríticas. Revista da AGU, v.14, n. 3, 2015, p. 695.

12 permitiam o voto dos presos de forma condicionada⁹⁹⁸. Na mesma decisão, a CEDH referiu decisões da Suprema Corte do Canadá⁹⁹⁹ e da Suprema Corte da África do Sul que declaravam a inconstitucionalidade de leis que negavam o direito ao voto dos presos¹⁰⁰⁰. A partir desse importante precedente, a CEDH passou a entender que *“os presos, em geral, continuam a gozar de todos os direitos e liberdades fundamentais garantidos pela Convenção, exceto o direito à liberdade, quando há uma sentença de prisão imposta de maneira legal”* e que *“um prisioneiro não perde os direitos reconhecidos pela Convenção por causa de sua condição de pessoa privada de sua liberdade após sua condenação”*. Embora a decisão da CEDH tenha sido mais autocontida – admitindo que os Estados-membros gozavam de alguma margem de apreciação para limitar o direito ao voto para condenados por crimes de maior gravidade – ela constituiu um grande avanço no reconhecimento do direito à participação política dos presos.

⁹⁹⁸ V. o seguinte trecho da decisão: “33. Con base en la encuesta gubernamental basada en la información obtenida de su representación diplomática, se pudo observar que 18 países permitían a sus presos el voto sin restricción (Albania, Azerbaiyán, Croacia, la República Checa, Dinamarca, Finlandia, ‘la antigua República Yugoslava de Macedonia’, Alemania, Islandia, Lituania, Moldavia, Montenegro, los Países Bajos, Portugal, Eslovenia, Suecia, Suiza y Ucrania), en 13 países todos los presos tenían prohibido o no gozan de capacidad para votar (Armenia, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Georgia, Hungría, Irlanda, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Turquía y el Reino Unido), en tanto que en 12 países el derecho al voto podría limitarse de algún otro modo (Austria, Bosnia y Herzegovina, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia, Rumanía y España)”. Disponível em: <http://portales.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/SRCE15_%20Suspensión%20del%20derecho%20al%20sufragio%20de%20los%20presos.pdf>. Acesso em: 14.04.2018.

⁹⁹⁹ Para a Suprema Corte do Canadá, no julgamento do caso *Sauvé v. Canadá*, “[a] legitimidade das leis e a obrigação de obedecê-las fluem diretamente do direito de cada cidadão votar. Negar aos prisioneiros o direito de voto é perder um importante meio de ensinar a eles os valores democráticos e de responsabilidade social. A nova teoria política do governo que permite os representantes eleitos excluírem politicamente um segmento da população não tem lugar numa democracia construída sobre os princípios da inclusão, igualdade e participação dos cidadãos... A idéia de que certas classes de pessoas não são moralmente aptas a votarem e participarem no processo de elaboração das leis é antiga e obsoleta ... A negação do direito ao voto que toma por base a falta de valor moral é incompatível com o respeito pela dignidade humana de cada pessoa que está no coração da democracia canadense e da Carta.”. V. (2002) 3.S.C.R 519, 2002 SCC 68.

¹⁰⁰⁰ A Corte Constitucional Corte sul-africana decidiu, no julgamento do caso CCT 8/99, que a Comissão Eleitoral no país tinha a obrigação de garantir o direito de voto aos presos: “A universalidade do voto é importante não apenas para a nacionalidade e democracia. O voto concedido a cada cidadão é uma marca de dignidade e personalidade. Literalmente, ele significa que todo mundo conta. Num país de grandes disparidades de riqueza e poder, ele declara que quem quer que seja, rico ou pobre, todos pertencemos a mesma democrática nação da África do Sul; que os nossos destinos estão conectados numa mesma comunidade política. Direitos não podem ser limitados sem justificativa e a legislação que lida com a cidadania política deve ser interpretada em favor da inclusão e não da exclusão (...) Existe uma variedade de formas através das quais o voto dos presos pode ser assegurado na prática. Urnas podem ser postas nos presídios ou outros meios de voto especial podem ser providenciados para os presos. Os presos são, literalmente, uma população cativa, vivendo de uma maneira disciplinada e em ambiente monitorado de perto, sendo frequentemente contados e recontados. A Comissão Eleitoral vai ter pouca dificuldade em garantir que aqueles aptos ao voto sejam registrados e obtenham a oportunidade de votar (...) O Parlamento não pode, pelo seu silêncio, privar qualquer prisioneiro do direito de votar. Nem este silêncio pode ser interpretado como atribuindo poder quer à Comissão Eleitoral, quer a esta Corte, para decidir que categorias de prisioneiros pode ser privada do voto e qual não pode. O dever da Comissão Eleitoral é administrar as eleições e não determinar o eleitorado; ela deve decidir o ‘como’ da votação, não ‘quem’. Da mesma forma, a função desta Corte é assegurar que os direitos fundamentais e os processos democráticos sejam protegidos”. V. CCT8/99: 1999 [3] SA 1.

Já o Brasil fez uma opção constitucional equivocada de optar pela suspensão dos direitos políticos de todos os condenados criminalmente, e, ainda, não garante de forma ampla – mas apenas de forma esporádica – o direito de voto aos presos provisórios. São centenas de milhares de pessoas, em sua maioria vítimas de múltiplas estigmatizações e discriminações de toda ordem, que, além de sofrerem múltiplas violações de diversos direitos fundamentais, estão impedidas de participar da vida política do país. Como não são eleitores, também não são alvo de preocupação por parte dos candidatos e dos políticos em geral. A exclusão social a que os presos brasileiros estão submetidos se aprofunda com o discriminatório impedimento ao exercício do direito ao voto.

A despeito da infeliz escolha do constituinte originário de estabelecer a suspensão dos direitos políticos após “*a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos*” (art. 15, IV), um primeiro passo deve ser dado no sentido de garantir o direito ao voto a todos os presos provisórios brasileiros (que, assim, não estão alcançados pelo dispositivo constitucional). Com essa medida, mais da metade da população carcerária brasileira passaria a ter voz no processo eleitoral, o que contribuiria, simultaneamente, para aplacar a invisibilidade dessa massa de pessoas sistematicamente discriminadas pelo Estado e para criar canais institucionais de superação da sistemática violação dos seus direitos fundamentais¹⁰⁰¹.

Critério do grau de legitimidade democrática. Afirma-se, a partir desse critério, que, quanto mais democrático for o processo de aprovação da lei, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade. A partir desse parâmetro, seria possível cogitar que todas as leis penais, porque aprovadas pelo Congresso Nacional – segundo o processo legislativo estabelecido pela Constituição – gozariam de alto grau de legitimidade democrática, e, portanto, de forte presunção de constitucionalidade. Entretanto, não basta o aspecto formal

¹⁰⁰¹ Nesse sentido, Daniel Sarmiento e Silvana Batini Góes, em representação dirigida à Procuradoria-Geral da República no ano de 2009, afirmaram: “Quando se denega o direito de voto ao preso provisório, ou quando este direito é tratado como um mero privilégio, a ser concedido discricionariamente, de acordo com as avaliações de conveniência e oportunidade da Justiça Eleitoral, compromete-se seriamente a integridade do princípio democrático, que pressupõe a plena inclusão política do povo. Tal exclusão desvela o preconceito que existe contra os presos na sociedade, que os não os vê como pessoas merecedores do mesmo respeito e da mesma consideração. Ela “naturaliza” a violação dos direitos fundamentais dos presos, atingindo a sua dignidade humana. A mensagem subjacente a tal exclusão é a de que os presos “não contam” na sociedade, e a sua consequência prática é o agravamento das violações dos seus outros direitos. A exclusão política aprofunda a exclusão social e alimenta o quadro de sistemática violação de praticamente todos os direitos dos presos”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/representacao-mpf-rj-presos-vota.pdf>>. Acesso em: 14.04.2018.

da competência para editar a lei para garantir a democratização do processo de sua elaboração. O grau de democratização do processo de aprovação da lei não se resume a aferir se ela foi aprovada pelo órgão legitimamente eleito. Ele envolve, por exemplo, o quórum de aprovação, o grau de envolvimento popular e a qualidade do debate e das razões e fundamentação apresentadas: como ressaltou Ana Paula de Barcellos, “*a democracia será fomentada uma vez que a edição de atos pelo poder público que afetem a vida das pessoas – quaisquer atos – sejam precedidos da apresentação de razões e informações, debate e deliberação*”¹⁰⁰².

Esse aspecto substancial do processo de aprovação das leis tem sido desprezado na produção legislativa em geral, mas atinge muito claramente o processo de aprovação de leis penais: “*o processo legislativo brasileiro não possui espaços claros para a discussão de matérias relevantes a toda a sociedade, como é o caso das alterações em matéria penal ou processual penal*”¹⁰⁰³. Díez Ripollés afirma que é bastante comum na América Latina que os parlamentares se baseiem exclusivamente em discursos próprios do senso comum punitivista para aprovar leis penais, sem qualquer compromisso com as premissas empíricas que baseiam suas proposições e sem qualquer demonstração de abertura para a efetiva deliberação sobre os objetivos e consequências dos projetos legislativos nesse setor¹⁰⁰⁴. Como acentua Ana Paula de Barcellos, “*em várias ocasiões a Constituição prevê que as competências normativas de Casas Legislativas envolvem discutir e votar os temas que lhes são submetidos*”. Nessa medida, “*a ideia de que deve haver uma discussão, e não apenas uma votação, pressupõe a apresentação de argumentos e contra-argumentos, que idealmente devem envolver razões e informações, acerca das propostas submetidas às Casas Legislativas*”¹⁰⁰⁵.

A aprovação de leis penais sem o correspondente estudo de impacto legislativo – “*o Estudo de Impacto Legislativo consiste em uma das oportunidades de inserir, nos debates que*

¹⁰⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito Constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 67.

¹⁰⁰³ FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 129, ano 25., mar. 2017, p. 150.

¹⁰⁰⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros Editores, 2007, p. 77 e ss.

¹⁰⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito Constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 124-125.

compõem o processo legislativo, informações relevantes para que se discuta o modelo de política pública penitenciária possível em nossa estrutura legislativa e estatal”¹⁰⁰⁶ – sugere que o grau de efetiva deliberação sobre as premissas empíricas sobre as quais as decisões legislativas são tomadas é mínimo e que o legislador não demonstra qualquer preocupação em discutir as consequências da aprovação das proposições legislativas. Nas palavras de Donini, o significado de democracia penal “*pressupõe uma discussão sobre as leis, ampliada a uma opinião pública mais ampla que a dos técnicos, o que torna indispensável técnicas de informação ligadas também a saberes empíricos, a dados estatísticos, a informações sobre o sistema, em lugar de conhecimentos exotéricos e autopoieticos*”¹⁰⁰⁷.

O processo de criação normativa nada mais é do que a materialização da chamada democracia procedimental, em que o resultado apresenta legitimidade especialmente pelo caminho democrático trilhado em sua elaboração¹⁰⁰⁸. Todavia, a produção legislativa em matéria penal se dá com base em um processo com baixíssimo grau de informação e reduzida qualidade deliberativa. Nesse sentido, sem qualquer demonstração clara do objetivo a ser perseguido pela proposição legislativa, das bases empíricas sobre as quais ela pretende incidir e de verdadeira deliberação sobre esses aspectos, não se pode reconhecer maior grau de legitimidade democrática às leis penais produzidas sob essas bases.

A legitimidade formal do órgão habilitado a aprovar as leis penais é apenas um aspecto a ser considerado no momento de aferição do grau de legitimidade democrática das leis penais. Nas palavras de Donini, “*a democracia penal do censento político poderia se centrar em impulsos emotivos e no medo das vítimas potenciais, para afastar qualquer classe de verificação empírica, buscando, assim, legitimiação ao uso irracional de instrumentos*

¹⁰⁰⁶ ¹⁰⁰⁶ FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 129, ano 25., mar. 2017, p. 163-164.

¹⁰⁰⁷ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 212, tradução livre.

¹⁰⁰⁸ Para Habermas, a legitimidade do direito está atrelada ao princípio democrático em sua forma de elaboração. Para que se efetive essa conexão, os destinatários da norma precisam se ver como criadores dela, propiciando maior aderência entre direito e sociedade por meio da legitimação do direito imposto. Essa legitimação nas sociedades plurais marcadas por conflitos entre diversas concepções políticas distintas se dá pela aceitação social pela observância de uma forma democrática de concepção das leis. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. I. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 2003, p. 157).

punitivos”¹⁰⁰⁹. O princípio democrático em matéria penal exige mais que a regra puramente processual da maioria, requer também a informação da maioria. A escassa legitimidade substancial do processo legislativo no campo penal reduz significativamente o grau de presunção de constitucionalidade das leis que dele resultam.

Esse argumento que expõe a baixa qualidade do processo deliberativo do qual resulta a aprovação de leis penais está intimamente conectado com um outro critério utilizado para avaliar o grau de presunção de constitucionalidade que se deve conceder à lei, que é a *comparação de capacidades institucionais*. Segundo esse critério, quanto menor for a *expertise* do Judiciário no setor disciplinado pela norma, maior deve ser a sua deferência ao legislador. Mas essa maior *expertise* do legislador em face do Judiciário para controlar as variáveis que determinam as opções de política criminal só pode ser reconhecida se o processo legislativo contar com um grau mínimo de qualidade deliberativa. Ocorre que as leis penais no Brasil são produzidas, via de regra, sem a devida consideração das informações necessárias à compreensão do problema a ser enfrentado e sem produção de estudo de impacto do ato legislativo, além de resultarem de processos legislativos pouco informados e cujo grau de deliberação efetiva é bastante reduzido.

Não se pode simplesmente presumir a maior *expertise* do legislador, dispensado qualquer tipo de consideração concreta sobre a sua capacidade de tomar decisões informadas a partir de processos efetivamente deliberativos. Desse modo, embora a *comparação de capacidades institucionais* entre os poderes legislativo e judiciário sugira *prima facie* maior capacidade do legislador para fazer opções no campo de política criminal, é necessário investigar concretamente se o processo legislativo de aprovação da lei foi capaz de expressar essa maior capacidade institucional. O baixo *grau de legitimidade democrática* pode implicar também uma redução da prevalência do legislador na *comparação de capacidades institucionais* para enfrentar questões de constitucionalidade relativas às leis penais.

Em síntese, as leis penais produzidas no Brasil (i) restringem gravemente múltiplos direitos dotados de fundamentalidade material – ainda que essas restrições incidam apenas sobre os direitos que podem ser legitimamente limitados pelo cumprimento da pena;

¹⁰⁰⁹ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, pp. 286-287, tradução livre do autor.

(ii) impactam desproporcionalmente minorias estigmatizadas; (iii) retiram os apenados da vida política, restringindo seus direitos de participação política; (iv) são produzidas, via de regra, sem a devida consideração das informações necessárias à compreensão do problema a ser enfrentado e sem produção de estudo de impacto do ato legislativo; e (v) são resultado de processos legislativos pouco informados e cujo grau de deliberação efetiva é bastante reduzida.

Todos esses elementos reduzem consideravelmente o grau de presunção de constitucionalidade das leis penais. Quando todas essas circunstâncias se fizerem presentes – especialmente quando a lei tiver sido aprovada antes da Constituição de 1988 –, é possível até mesmo concluir pela necessidade de afirmar uma presunção de inconstitucionalidade da lei penal¹⁰¹⁰. Disso resulta a inversão do ônus argumentativo distribuído entre o arguente da inconstitucionalidade da lei e o legislador penal: caberá a este demonstrar, com argumentos convincentes, a necessidade de preservar a vigência da lei penal, sob pena de que a jurisdição constitucional, adotando uma postura da forte desconfiança sobre a legitimidade da lei, se veja impelida a invalidar a opção legislativa.

5.3 A defesa de um controle material intensivo das leis penais no Brasil

O reposicionamento da jurisdição constitucional incidente sobre leis penais pressupõe a substituição progressiva do controle leve (de evidência) por um controle mais rigoroso (intensivo). A cautela e a prudência que devem ser nutridos pelos Tribunais constitucionais não devem resultar na emissão de um “cheque em branco” para o legislador penal. A exagerada deferência ao legislador no campo penal produziu um quadro de ampla e sistemática violação de direitos fundamentais: o *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro é o exemplo mais eloquente e a síntese da elevada tolerância da jurisdição constitucional com as práticas punitivas ilegítimas.

No Brasil, a superação do dogma da insindicabilidade das leis penais pelo STF não foi acompanhada de uma pretensão coerente de submissão das leis penais a graus mais rigorosos de controle material de constitucionalidade. É certo que, se nas primeiras pronúncias de

¹⁰¹⁰ Essa inversão – da presunção de constitucionalidade para a presunção de inconstitucionalidade – não pré-determina o resultado do juízo de constitucionalidade da lei. É possível que, mesmo diante de uma presunção de inconstitucionalidade, o Tribunal constitucional mantenha a vigência da lei, o que acontecerá sempre que o legislador tenha fortes razões – baseadas em direitos e valores constitucionais fundamentais e em premissas empíricas seguras – para justificar a restrição a direitos fundamentos consubstanciada na norma penal.

inconstitucionalidade de leis penais o STF adotou um controle mais leve (de evidência) – como nos julgamentos que resultaram na declaração de inconstitucionalidade da imposição de regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos e na declaração de inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória para presos em flagrante por crimes hediondos e de tráfico de drogas –, em outros julgamentos o Tribunal parece ter avançado para um tipo de controle um pouco mais intenso (intermediário) – como nos julgamentos que declararam a inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório para condenados por crimes hediondos e a inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos para condenados por tráfico.

Os primeiros passos do STF após a superação do dogma da insindicabilidade constitucional das leis penais se deram sob o manto de um controle pouco rigoroso, tendente à invalidação apenas de leis que se mostrassem evidentemente inconstitucionais. Essa primeira postura de maior autocontenção, embora incompatível com a elevada intensidade da restrição aos direitos fundamentais em geral impostas pelas leis penais, abriu caminho para a juridicização da política criminal e afastou a injustificável imunização da atividade do legislador penal à jurisdição constitucional.

A submissão das leis penais a um controle efetivo de constitucionalidade não transforma o STF em terceira casa legislativa da política criminal. A Constituição não estabelece um programa penal completo, fechado, sujeito a meros detalhamentos legislativos. Ao contrário, a Constituição brasileira é aberta a diversos modelos de política criminal, que valorizem em graus variados a pena de prisão ou as penas restritivas de direito, optem pela tutela penal apenas de bens jurídicos com *status* constitucional ou ampliem seu campo de atuação para proteção de bens jurídicos com relevância infraconstitucional, e realizem diferentes harmonizações entre as finalidades da pena (atribuindo importâncias variadas às funções preventiva, repressiva e ressocializadora). Não existe um Código Penal escondido na Constituição que possa ser encontrado por inteiro pelo intérprete e muito menos pela jurisdição constitucional. Daí poque não há um sistema penal pré-concebido pela Constituição: ele será sempre obra criativa de um legislador capaz de realizar diagnósticos e propor prognósticos. Nem mesmo a atividade do legislador é estática ou definitiva. As opções legislativas no campo criminal devem se submeter a reavaliações permanentes, pois a multiplicidade de fatores que influenciam o fenômeno criminal e a possibilidade de erros tanto de diagnóstico como de prognóstico, num campo dotado de tamanha complexidade, é sempre bastante elevado.

As dificuldades de estabelecer premissas empíricas absolutamente seguras sobre os próprios fundamentos do direito penal – sua capacidade de proteger bens jurídicos, de prevenir a prática de delitos e de ressocializar criminosos – criam obstáculos ao controle jurisdicional da constitucionalidade de leis penais. A se adotar uma postura segundo a qual somente serão constitucionais as leis penais que demonstrarem de forma incontestável a sua plena aptidão para assegurar a proteção de bens jurídicos, a inexistência de qualquer outra medida alternativa dotada de grau similar de aptidão para realizar seus objetivos e a demonstração segura de que a restrição de direitos por ela imposta é compensada por um grau superior de realização da proteção de direitos ou valores de igual importância, quase todas as decisões legislativas de política criminal seriam invalidadas pela jurisdição constitucional.

Por outro lado, uma proposta teórica disposta a banalizar o uso do direito penal e da pena de prisão não se compatibiliza com o estado da arte do constitucionalismo e da jurisdição constitucional. A repressão criminal é a ferramenta mais contundente de que o Estado pode se valer para regular a conduta dos indivíduos. A singular gravidade das consequências da pena criminal – quase sempre associada à restrição da liberdade de locomoção – é agravada pela elevadíssima carga simbólica associada à sua imposição. Por isso, a decisão legislativa de fazer uso do direito penal – e em especial da pena de prisão – não pode se submeter a um controle tão brando que permita que a escolha pela imposição de uma pena criminal se dê por razões de mera conveniência política. A definição dos delitos e das penas deve ser acompanhada de boas razões. O excessivo afrouxamento do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis penais produz como resultado mediato (de longo prazo) o seguinte quadro: o legislador deixa de ter incentivos institucionais para deliberar e justificar devidamente a decisão de restringir a liberdade das pessoas, pois, qualquer que seja a sua decisão, sempre que não se apresente como absurda, ela será reputada constitucional¹⁰¹¹.

A adoção de um modelo extremamente rigoroso de controle de constitucionalidade das leis penais produziria o risco de um superdimensionamento da capacidade do Judiciário de estabelecer quando e como a repressão criminal deve se manifestar. Como se disse, não se pode desprezar que o direito penal está baseado em premissas empíricas e filosóficas controvertidas.

¹⁰¹¹ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 570-572.

A exigência por parte da jurisdição constitucional de que todas as leis penais apresentem inquestionável fundamento empírico, por exemplo, poderia conduzir os Tribunais constitucionais a invalidar quase todo o sistema penal, o que seguramente não se compatibiliza com o princípio democrático. De outra parte, um controle pouco rigoroso da constitucionalidade das leis penais abre espaço para que as decisões legislativas nesse campo abandonem completamente a pretensão de racionalidade, e passem a atuar de maneira puramente simbólica, impondo a repressão criminal como remédio para todos os males sociais sem que se possa vislumbrar qualquer limitação jurídica efetiva da opção de criminalizar e cominar penas.

A adoção de um modelo graduado de presunção de constitucionalidade das leis penais compõe um elemento essencial do arsenal argumentativo e institucional exigido para que o processo de juridicização da política criminal esteja atento não só à alta relevância dos direitos fundamentais restringidos por essas leis como também à necessidade de respeitar as margens de ação legislativa em um campo tão marcado por incertezas como o penal. A modulação dos graus de presunção de constitucionalidade, a partir de critérios prévia e objetivamente definidos, constitui tarefa de grande importância para o reposicionamento da jurisdição constitucional incidente sobre leis penais.

O estabelecimento de parâmetros capazes de identificar graus – leve, moderado e forte – de presunção de constitucionalidade de leis penais impacta decisivamente a intensidade do controle exercido pela jurisdição constitucional. Quanto mais extensa for a lista de direitos restringidos pela lei penal, quanto maior for a fundamentalidade material desses direitos, quanto mais a lei for diretamente dirigida a minorias estigmatizadas, quanto menor a quantidade e qualidade das informações que subsidiaram a aprovação da lei e quanto pior for a qualidade da deliberação parlamentar, menor deverá ser a presunção de constitucionalidade da lei. Por sua vez, quanto menor for o grau de presunção de constitucionalidade da lei, mais intenso será o controle jurisdicional da sua validade.

A essa altura, mostra-se necessário construir parâmetros para a submissão das leis penais a cada um dos níveis de intensidade de controle de constitucionalidade, a partir do referencial jurisprudencial norte-americano e alemão já referidos. Em primeiro lugar, parece difícil admitir a submissão de leis penais restritivas de direitos fundamentais a um controle fraco ou de evidência. Limitar a invalidação da lei penal aos casos extremados em que a inconstitucionalidade seja manifesta – ou quando o prognóstico do legislador acerca da

idoneidade e necessidade da medida se apoie em premissas cuja falsidade seja evidente – significa, na prática, retroceder à doutrina da soberania do parlamento em matéria penal, tornando nulas as chances de fazer valer os direitos fundamentais em face do legislador. Como afirma Ferreres Comella, o sistema de controle de constitucionalidade das leis deve operar em momentos de normalidade democrática, e não como instituição para crises¹⁰¹². Para ele, como em tempos de normalidade não abundam leis manifestamente inconstitucionais, utilizar um padrão muito elevado de presunção de constitucionalidade de leis de forma geral e reservar a declaração de invalidade para casos de inconstitucionalidade evidente equivaleria a negar a própria razão de ser da jurisdição constitucional¹⁰¹³.

Um controle fraco da constitucionalidade das leis penais seria contrário à lógica de *ultima ratio* do direito penal, ao reconhecimento de que os direitos dotados de maior fundamentalidade material são justamente os que são objeto de restrição pela norma penal e também à evidência de que a repressão criminal é a que carrega maior carga estigmatizadora – com potencial para promover exclusão e aprofundar desigualdades¹⁰¹⁴. Mesmo as leis penais que não contam com a cominação da pena de prisão carregam grande carga simbólica e produzem relevantes efeitos estigmatizadores, que vão desde a submissão ao processo penal até a condenação criminal. Em princípio, como reconheceu o Ministro Gilmar Mendes, “*o controle material de intensidade aplica-se às intervenções legislativas que, a exemplo das leis penais,*

¹⁰¹² FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997, p. 213.

¹⁰¹³ *Ibid.*, p. 213.

¹⁰¹⁴ Essa incoerência que resulta da aplicação de teste leve no controle de constitucionalidade de leis penais foi bem apontada em voto proferido pelo juiz Jorge Ivan Palacio Palacio da Corte Constitucional da Colômbia: “[...] embora eu compartilhe do sentido geral da decisão, a razão pela qual esclareço o voto tem a ver com a necessidade de precisar a aplicação do teste estrito de proporcionalidade nos casos que definam ou agravem delitos e penas. Explico-me. Embora no julgamento se tenha anunciado a realização de um “juízo de razoabilidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas”, este ao final se realizou de forma débil (teste fraco), com o que a Corte não cumpriu o que anuciou em um de seus mais recentes precedentes. Nas decisões T-388 de 2013 e T-762 de 2015, nos quais se examinou o grave problema das prisões e punições na Colômbia, se questionou o Executivo e o Congresso por terem uma política pública criminal incoerente, populista e reativa, que deve ser reformada com urgência. Entre as providências impostas se insistiu na necessidade de que o Congresso tramite pela via da Lei Estatutária – e não simplesmente ordinária – essa classe de projetos de lei e justifique devidamente a necessidade imperiosa da medida de criação ou agravamento punitivo, isto é, que identifique claramente qual é o fundamento para fazê-lo, principalmente com estudos, estatísticas e investigações. Enquanto o Congresso não realize essa tarefa de forma rigorosa, cabe ao Tribunal realizar um teste estrito de proporcionalidade para avaliar a conveniência e a constitucionalidade da medida criminal proposta. Como na presente decisão, este teste não foi adotado, optei por esclarecer o meu voto. Em conclusão, a Corte para ser coerente com o seu precedente jurisprudencial, deve endurecer o controle constitucional e não aplicar as mesmas lógicas do passado que se baseavam exclusivamente na ampla margem de configuração do legislador. Neste sentido, deve se exigir uma maior carga argumentativa do Congresso para aumentar os delitos e as penas, sob o entendimento que o direito penal deve ser utilizado apenas como último recurso, e considerando que o propósito da lei penal ou *ius puniendi* do Estado é a ressocialização dos condenados” (Sentencia C-191-16).

por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal”¹⁰¹⁵. A importância dos bens jurídicos restringidos pelo direito penal e a intensidade dessa afetação sugerem a exigência de um controle material intensivo das leis penais.

Esse controle mais rigoroso da constitucionalidade das leis penais não deve resultar necessariamente na afirmação de uma presunção de inconstitucionalidade de um grande número de leis penais. O grau de presunção de constitucionalidade – do mais elevado ao mais baixo – será balizado pelo conteúdo da lei (direitos fundamentais por ela restringidos e intensidade da restrição) e pelo modo como lei foi produzida (nível de certeza das premissas empíricas, relevância das informações que basearam a decisão legislativa, e qualidade da deliberação legislativa).

A adoção de um controle mais intenso da constitucionalidade das leis penais não implica reconhecer que apenas as leis baseadas em premissas seguras sejam declaradas válidas pela jurisdição constitucional. Significa apenas que a eventual fragilidade dessas premissas está sujeita a um controle estrito, em que, como afirmou o Ministro Gilmar Mendes, “*poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para, então, fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância*”¹⁰¹⁶. Esse modelo de controle, por óbvio, não pode elevar a exigência de racionalidade das leis penais a ponto de autorizar a invalidação de todo o sistema penal. O déficit de racionalidade do direito penal – e fragilidade das suas premissas fundamentais – não pode se traduzir em trunfo contra as leis penais em geral.

De outro lado, leis penais particularmente rigorosas – que resultam no recolhimento à prisão (especialmente quando as penas são cumpridas em condições desumanas) – originadas de propostas carentes de informação relevante, descoladas de qualquer realidade empírica e aprovadas sem deliberação suficiente devem passar por um filtro rigoroso de constitucionalidade, sob pena de esvaziar a capacidade dos direitos fundamentais de limitar o poder punitivo estatal e de fomentar uma cultura em que a liberdade individual consubstancia

¹⁰¹⁵ STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído). Íntegra do voto disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.

¹⁰¹⁶ STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

um recurso plenamente disponível no debate político e eleitoral. A submissão da lei penal a um controle material intensivo (de escrutínio estrito) se faz tanto mais necessária quanto mais baixo for o grau de presunção da constitucionalidade da lei.

Portanto, entende-se que as leis penais devem se submeter, em regra, a um controle de constitucionalidade material intensivo (ou de escrutínio estrito)¹⁰¹⁷. Esse é o modelo de controle que melhor se compatibiliza com a importância dos direitos fundamentais restringidos e com a intensidade dessa restrição, já que tem maior aptidão para oferecer adequado grau de proteção aos direitos fundamentais em face do legislador penal¹⁰¹⁸. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes propôs a adoção pelo STF de um parâmetro geral de controle intenso (rigoroso) da constitucionalidade das leis penais. Segundo ele, tendo em vista que *“a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual, e que, portanto, o Direito Penal e Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais”* é preciso que o controle de constitucionalidade em matéria penal seja realizado *“de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotadas de menor potencial ofensivo.”*¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁷ Essa premissa geral foi confirmada pela importante decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso Cannabis (BVerfGE 90, 145), em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta cannabis sativa. Nessa ocasião, o Tribunal afirmou a necessidade de submeter as leis penais, via de regra, a um controle intensivo: “Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida [cf. BVerfGE 75, 108 (154 s.); 80, 137 (153)]. Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão [cf. BVerfGE 25, 269 (286); 88, 203 (258)]. Se há previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilita uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa, que a Grundgesetz caracteriza como ‘inviolável’, é um bem jurídico tão elevado que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do Art. 2 II 3 GG, por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais intervenções também podem ser cogitadas sob determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior [BVerfGE 22, 180 (219); 58, 208 (224 et seq.); 59, 275 (278); 60, 123 (132)], elas, em geral, somente são permitidas se a proteção de outros ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade. V. trechos da decisão citados no voto do Ministro Gilmar Mendes no seguinte precedente: STF, HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 06.03.2012.

¹⁰¹⁸ É interessante notar que Gloria Mesa reconhece que as premissas teóricas por ela defendidas levaria a confirmar a necessidade de submeter as leis penais a um controle mais intenso. A sua conclusão no sentido de que essa proposta não poderia ser acolhida está baseada apenas em um argumento pseudo-pragmático de que essa concepção teórica não seria operativa no atual estado da arte da jurisdição constitucional. V. LOPERA MESA, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas. (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana). *Nuevo Foro Penal*, n. 67, 2005, p. 49.

¹⁰¹⁹ Ainda segundo o Ministro Gilmar, isso significa que “se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, prima facie, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por

O direito penal está baseado na premissa filosófica de que o mal produzido pela pena é compensado pelo seu benefício social. A fragilidade empírica dessa premissa – apenas o caráter retributivo da pena (ou puramente repressivo) pode ser comprovado para além de qualquer dúvida – costuma ser associada à imputação de toda a carga argumentativa e probatória da inconstitucionalidade da lei penal ao demandante (réu no controle difuso e autor nas ações de controle concentrado). Nos controles leve (ou de evidência) e intermediário (ou de justificabilidade) o ônus argumentativo e probatório ainda são imputados com exclusividade – embora em graus diferentes – ao demandante. Essa distribuição do ônus argumentativo e probatório, que atribui aos indivíduos – e, no controle concentrado, ao autor das ações – toda a responsabilidade pela prova de que a lei penal é abusiva, tira do legislador qualquer ônus de demonstrar a necessidade da intervenção penal para a proteção de bens jurídicos e a capacidade da repressão criminal de contribuir para a elevação do grau de salvaguarda desses bens jurídicos.

Já o controle estrito ou material intensivo apresenta uma característica processual inovadora: imputa ao legislador a carga probatória e argumentativa de demonstrar as bases sobre as quais recaem a legitimidade da afetação de direitos fundamentais pela medida legislativa. Aqui reside um dos principais motivos pelos quais, em regra, apenas esse controle estrito se mostra adequado para o controle de constitucionalidade de leis penais. A restrição à liberdade de ir e vir imposta pelo Estado somente pode se legitimar na medida em que se exija que também o legislador deve oferecer razões suficientes para justificar a repressão criminal.

Desse modo, o controle leve deve ficar, em geral, reservado para leis penais benéficas e para verificação da (in)constitucionalidade da omissão legislativa no campo penal. A contenção do poder punitivo pelo próprio legislador – nas raríssimas vezes em que isso ocorre – deve ser controlada pelo Judiciário com o máximo grau de deferência. A escolha legislativa de não se valer do direito penal para a tutela de um determinado bem jurídico só poderá ser considerada ilegítima pela jurisdição constitucional em casos de absoluta e evidente abusividade, ou seja, quando ficar comprovado, a partir de premissas empíricas dotadas de elevado grau de segurança, que a tutela desse bem jurídico só pode ser minimamente garantida

parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis” (STF, ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 02.05.2007).

com o recurso à sanção criminal. Nesse campo, todas as dúvidas e incertezas que cercam a efetividade do direito penal para oferecer real proteção a bens jurídicos devem militar em favor da constitucionalidade da opção do legislador de reduzir o campo de incidência da norma penal ou mesmo de deixar de recorrer ao direito penal para tutelar certos direitos e interesses.

Já o controle intermediário terá lugar, preferencialmente, no exame da constitucionalidade de leis penais que não imponham como pena (provável) a prisão. Afinal, não faz sentido defender a utilização da mesma intensidade de controle para leis que imponham pena (provável) de prisão e para leis que prevejam pena (provável) de simples restrição de outros direitos fundamentais. É a altíssima relevância axiológica da liberdade de ir e vir que justifica a construção de um parâmetro mais rigoroso de controle de constitucionalidade das leis que restrinjam esse direito fundamental¹⁰²⁰. Se é certo que a não cominação da pena de prisão como sanção preferencial (provável) recomenda a utilização de um nível de intensidade do controle mais brando, a opção por um controle leve (ou de evidência) não seria compatível com o elevado grau de afluência (jurídica e social) que o processo penal e a sanção criminal (mesmo a de restrição de direitos) representam para o acusado.

Esse controle intermediário não revela, por outro lado, patamar inadequado de proteção aos direitos fundamentais em face de leis penais que cominam pena (provável) diversa da prisão. É que, também nesse setor, a legitimidade constitucional da lei exigirá não apenas que o fim perseguido não seja constitucionalmente proibido, mas também que esse objetivo seja constitucionalmente relevante e que a medida restritiva tenha efetiva aptidão para alcançar essa finalidade¹⁰²¹. Esse nível de intensidade do controle de constitucionalidade intermediário

¹⁰²⁰ Como destacou Barak, essa repartição dos ônus argumentativos constitui um convite ao poder legislativo para prestar contas e justificar a ingerência nos direitos fundamentais dos indivíduos. O princípio da proporcionalidade, que tem funcionado como um modo de organizar essa distribuição de carga probatória no controle de constitucionalidade das leis, acaba por informar todo o ordenamento jurídico constitucional, no sentido de estabelecer uma cultura de justificação do poder público. V., a respeito, BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitation*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 458.

¹⁰²¹ Foi esse controle intermediário que o Tribunal Constitucional alemão utilizou no caso Cannabis (BVerfGE 90, 145), em que se confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta cannabis sativa. Confira-se, a propósito, trecho de voto do Ministro Gilmar Mendes no STF: “Nesse sentido, uma das decisões mais importantes da Corte alemã pode ser encontrada no famoso caso Cannabis (BVerfGE 90, 145), em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta cannabis sativa. Ao analisar o caso sob o ângulo do princípio da proporcionalidade, que incide com maior rigor no exame de um dispositivo penal, a Corte enfatizou que cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação quanto à adequação e à necessidade de certa medida para o alcance do fim almejado, o que pressupõe também a discricionariedade para a realização de prognósticos quanto às consequências da medida adotada. Os argumentos utilizados estão bem representados no seguinte trecho da decisão: “[...] Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos

garante que as leis penais que priorizem a sanção não privativa de liberdade respeitem pautas mínimas de racionalidade.

A submissão de leis penais que cominem pena (provável) diversa da prisão, em regra, a um controle intermediário não afasta a eventual necessidade de elevar a intensidade do controle em situações específicas. O critério baseado na gravidade da sanção estabelecida pela lei oferece uma resposta meramente provisória sobre a intensidade do controle a que ela deve ser submetida. Isso porque não se pode desprezar que a lei penal incriminadora é a combinação de um preceito primário – que cria uma proibição de conduta e restringe certos direitos fundamentais – e de um preceito secundário – a sanção penal. Há casos em que, apesar de a pena cominada pelo legislador ser pouco severa (sendo quase sempre convertida em restritiva de direitos), a criminalização da conduta (na dimensão do seu preceito primário) atinge gravemente direitos fundamentais de elevada relevância constitucional. Isso pode acontecer, por exemplo, em relação aos crimes contra a honra: apesar das penas baixas cominadas pelo legislador aos crimes de injúria e difamação, o direito restringido pela lei penal – liberdade de

buscados, como na avaliação e prognóstico a serem feitos, neste contexto, dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem (discricionária) de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal – dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo – poderá revisar somente em extensão limitada (cf. BVerfGE 77, 170 (215); 88, 203 (262)). Além disso, numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92)]. A medida não deve, portanto, onerá-lo excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. BVerfGE 48, 396 (402); 83, 1 (19). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no Art. 1 I GG [cf. BVerfGE 45, 187 (228)], e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar numa proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a consequência jurídica devem estar racionalmente correlacionados [cf. BVerfGE 54, 100 (108)]. É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da Grundgesetz [cf. BVerfGE 80, 244 (255)]'. No caso, o Bundesverfassungsgericht, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa para se alcançar a redução do consumo de cannabis poderia: por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da cannabis e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele estágio do conhecimento, a respeito da adequação e da necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal que, 'se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de cannabis sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei'" (STF, HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 06.03.2012).

expressão – constitui direito fundamental preferencial, por sua importância para o regime democrático e sua íntima conexão com a dimensão existencial do ser humano (dignidade humana). Nesses casos, embora as sanções cominadas aos tipos penais sejam brandas (não ensejando o recolhimento à prisão), a restrição à liberdade de expressão justifica a submissão da lei penal a um controle intensivo de constitucionalidade.

Na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, em que a maioria das decisões, como no Brasil, não faz menção explícita ao nível de escrutínio utilizado, percebe-se que o entendimento manifestado em múltiplas oportunidades sobre a ampla liberdade de configuração do legislador em matéria penal – ideia quase sempre acompanha da advertência de que apenas casos de desproporção manifesta podem ser considerados ilegítimos – sugere uma presunção de que o controle das leis penais deve se situar no nível mais fraco. Entretanto, leis penais que restringem a liberdade de expressão, por exemplo, foram submetidas a um teste estrito de proporcionalidade pela Corte Constitucional da Colômbia. Nesse sentido, a Corte declarou inconstitucional lei que impedia a aplicação da exceção de verdade para o delito de calúnia quando existisse sentença absolutória ou outro pronunciamento judicial de fundo que exonerasse de responsabilidade o caluniado¹⁰²². A decisão fundamentou a aplicação do teste estrito de constitucional no caráter preferencial da liberdade de expressão. No mesmo ano, a Corte declarou a inconstitucionalidade do delito de ultraje a símbolos pátrios, ocasião em que também resolveu aplicar um escrutínio estrito de constitucionalidade – invertendo, inclusive, o ônus argumentativo, para imputar ao legislador a obrigação de justificar a legitimidade da intervenção penal – sob o fundamento de que a liberdade de expressão constitui direito fundamental preferencial¹⁰²³.

A utilização de um controle material intensivo (ou de escrutínio estrito) em relação às leis penais que tenham alto potencial de restringir a liberdade de ir e vir não implica a adoção uniforme de um mesmo grau de deferência ao legislador. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis que restringem direitos fundamentais por meio do princípio da proporcionalidade costuma conduzir o intérprete à consideração exclusiva dos direitos materiais envolvidos. A concepção mais tradicional do princípio da proporcionalidade, tal como difundida na doutrina e na jurisprudência, é pautada exclusivamente por considerações acerca

¹⁰²² Tribunal Constituccional da Colômbia, Sentencia C-417/2009.

¹⁰²³ Tribunal Constituccional da Colômbia, Sentencia C-575/2009.

da realização dos princípios colidentes. Ocorre que essa lógica que orienta o exame da legitimidade das leis unicamente pelo grau de realização e de restrição dos direitos envolvido tem se mostrado insuficiente para o desenvolvimento de parâmetros para a revisão judicial da atividade normativa.

É nesse contexto que tem ganhado importância a inclusão no controle de constitucionalidade das leis dos princípios formais, definidos como aqueles que “*fornece razões para a obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última*”¹⁰²⁴. Além do grau de realização – e também de restrição – dos direitos materiais envolvidos no caso, a jurisdição constitucional passa a valorizar também o grau de autoridade do órgão responsável pela criação da medida restritiva e o procedimento específico que foi por ele utilizado para esse fim¹⁰²⁵. Nesse sentido, há propostas teóricas que procuram internalizar esses princípios formais na ponderação realizada no âmbito do princípio da proporcionalidade¹⁰²⁶.

Embora não haja consenso na doutrina especializada sobre a forma de inclusão dos princípios formais no sopesamento e no princípio da proporcionalidade, é bastante difundida a ideia de que se deve atribuir ao princípio formal um *peso extra* no processo ponderativo. Essa proposta, defendida de forma mais tímida por Alexy¹⁰²⁷, foi apresentada como critério geral, no Brasil, por Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁰²⁸. Segundo essa concepção, a solução do conflito de uma regra com um princípio exigiria que se colocasse ao lado do princípio que fundamenta materialmente a regra o princípio formal como um *peso extra* resultante do postulado que exige que as regras devem ser respeitadas. Como já havia notado Ana Paula de Barcellos, a simples observância da regra realiza fins essenciais ao sistema jurídico, como a segurança jurídica e a

¹⁰²⁴ SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 148.

¹⁰²⁵ V., por todos, CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

¹⁰²⁶ V., por todos, RIVERS, Julian, Proportionality and Variable Intensity of Review, *Cambridge Law Review*, vol. 65, 2006, p. 174.

¹⁰²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

¹⁰²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites*. 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília. No mesmo sentido: BUSTAMANTE, Thomas. “Principios, reglas y derrotabilidad, el problema de las decisiones contra legem”. In: BONORINO RAMÍREZ, Pablo. (ed.). *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*. Madrid: Bubok Publishing, p. 223 e ss.

previsibilidade¹⁰²⁹. Para Alexy, a inclusão de um princípio formal no sopesamento só tem sentido se ele estiver conectado a um princípio material, pois a restrição de direitos fundamentais não pode se justificar unicamente com base em argumentos formais¹⁰³⁰.

De qualquer forma, o mais relevante é observar que as propostas de interação entre princípios formais e materiais sugerem a necessidade de considerar não apenas a importância da realização de direitos materiais para o caso concreto, mas também razões de natureza formal que devem balizar a intensidade do controle judicial da constitucionalidade das leis. As propostas teóricas voltadas à criação de graus variados de presunção de constitucionalidade das leis e também de identificação de diferentes intensidades do controle de constitucionalidade já revelavam essa preocupação em conectar aspectos materiais e formais de legitimidade das leis. A inclusão de um princípio formal no âmbito do princípio da proporcionalidade consiste em mais uma tentativa de parametrizar a relevância dos aspectos relacionados ao órgão que produziu a norma e à forma como ela foi produzida no controle jurisdicional da validade das leis.

No campo penal, portanto, não basta considerar o grau de realização e de restrição dos direitos fundamentais envolvidos: será necessário levar em conta também a representatividade democrática e o conhecimento técnico dos órgãos responsáveis pela produção da lei, o grau de incerteza das premissas que a fundamentam, e até mesmo a importância que aspectos ligados à segurança jurídica e à previsibilidade têm no caso concreto. Esses elementos formais não apresentam a mesma importância em todos os casos. O princípio formal, como qualquer princípio, tem dimensão de peso e comporta variados graus de realização¹⁰³¹.

A afirmação de que o princípio formal apresenta dimensão de peso implica reconhecer que sua aplicação definitiva é orientada pela importância da sua realização em face das circunstâncias do caso concreto. O princípio formal se apresenta como razão adicional ao princípio material, exigindo *prima facie* o reconhecimento da validade da medida restritiva de

¹⁰²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 209.

¹⁰³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 431.

¹⁰³¹ Para Alexy, princípios são normas “que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90).

direitos fundamentais produzida por um órgão estatal competente e por meio de um procedimento legítimo¹⁰³². Como notou Matthias Klatt, a lei da ponderação dirigida inicialmente aos princípios materiais passou a ser aplicada também aos princípios formais para estabelecer o grau de não-satisfação de uma competência, a importância de satisfazer a competência em colisão e se a importância de satisfazer essa última competência justifica a não-satisfação da primeira¹⁰³³.

Esse *peso extra* em favor da validade da lei garante *prima facie* a legitimidade formal da lei, de modo que esse peso adicional – decorrente do princípio formal – tem sua aplicação definitiva condicionada à consideração de todas as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Essas possibilidades de concretização do princípio formal se apresentam de forma gradual – não binária –, sendo possível identificar pelo menos dois grandes critérios de atribuição de peso a esse princípio: legitimidade democrática e capacidade técnica¹⁰³⁴. Nesse contexto, o critério da legitimidade democrática tem sido considerado o principal fator de determinação do peso do princípio formal no processo ponderativo. Os aspectos institucionais e procedimentais que caracterizam a produção da lei têm deixado de ser compreendidos de forma meramente hipotética para serem considerados na exata medida em que contribuem para a legitimidade democrática da decisão cuja constitucionalidade é controlada.

O caráter representativo dos agentes responsáveis pela produção da lei, o grau de participação dos grupos por ela afetados no processo decisório, bem como a transparência e abertura desse processo de tomada de decisão constituem elementos relevantes para a

¹⁰³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45.

¹⁰³³ KLATT, Matthias. Ponderación y Discrecionalidad. In: QUISPE, Jorge Portocarrero (ed.). *Ponderación y discrecionalidad*. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 159–220.

¹⁰³⁴ Matthias Klatt sustenta que quatro fatores funcionam como regras de ponderação aplicáveis aos princípios formais: (i) sua legitimidade democrática; (ii) a importância dos princípios materiais que estão em jogo – quanto mais intensamente interfere uma decisão num princípio material (e.g. um direito fundamental), menos importante será a competência da autoridade para decidir de forma autônoma, e mais importante o peso que deve ser concedido à competência de um tribunal para controlar essa decisão; (iii) a qualidade da decisão – quanto melhor seja a qualidade da decisão principal, mais peso deve ser imputado à competência de quem toma as decisões e mais grave será qualquer intervenção com a competência na competência por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade; e (iv) a subsidiariedade, pois quanto mais estiver uma autoridade protegida pelo princípio da subsidiariedade, mais peso se atribuirá à sua competência e mais grave será qualquer infração à mesma. V. KLATT, Matthias. Ponderación y Discrecionalidad. In: QUISPE, Jorge Portocarrero (ed.). *Ponderación y discrecionalidad*. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

identificação do grau de legitimidade democrática da lei cuja constitucionalidade é questionada¹⁰³⁵. Por outro lado, e na mesma linha da teoria das capacidades institucionais, a maior capacidade técnica do órgão que produziu a lei costuma servir como critério para atribuição de maior peso ao princípio formal no processo ponderativo.

O mesmo raciocínio tem sido empregado para enfatizar que a particular *expertise* do órgão julgador com relação a determinada matéria reduz o grau de deferência ao órgão que produziu a lei¹⁰³⁶. Tanto o grau de legitimidade democrática da lei como a capacidade técnica do órgão que a produziu são influenciados por diversos fatores e, portanto, devem receber tratamento gradual em sua dimensão prática (momento de definição do peso extra que se atribui ao princípio formal).

Ao enfatizar a dimensão peso dos princípios formais, fica claro que a deferência do Judiciário ao legislador não é um fator estático ou *a priori*: o controle de constitucionalidade das leis não opera com o mesmo grau de deferência em todos os casos e nem depende exclusivamente do fato de que a lei controlada foi produzida pelo órgão competente seguindo o procedimento adequado. Como afirma Murray Hunt, a deferência jurisdicional ao legislador é um fator dinâmico e gradual que modera a relação entre esses órgãos: deferência é “*algo que deve ser conquistado pelo órgão decisor primário, em grau que depende de uma multiplicidade de fatores que o Tribunal deve sopesar cuidadosamente para chegar à decisão global sobre o grau de respeito que é merecido*”¹⁰³⁷.

As propostas teóricas que visam parametrizar os graus de presunção da constitucionalidade das leis, as intensidades do controle jurisdicional de constitucionalidade e os fatores que contribuem para atribuição de peso ao princípio formal na ponderação constituem formulações que estabelecem formas de interação entre os princípios formais e os princípios materiais. Todas elas partem da noção de que é necessário transpor os fatores institucionais e

¹⁰³⁵ V., sobre o tema, BRADY, Alan David Patrick. *A structural, institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*. 325 f. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia) – The London School of Economics and Political Science, London.

¹⁰³⁶ BRADY, Alan David Patrick. *A structural, institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*. 325 f. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia) – The London School of Economics and Political Science, London, p. 135.

¹⁰³⁷ HUNT, Murray Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of 'Due Deference'. In: BAMFORTH, Nicholas; LEYLAND, Peter (eds.). *Public Law in a Multi-Layered Constitution*. Portland: Hart Publishing, 2003, p. 361.

procedimentais que caracterizam a produção da lei para o itinerário argumentativo percorrido pelos juízes no controle jurisdicional de constitucionalidade dessa lei. A discussão sobre a deferência que o Tribunal constitucional deve ter em face do legislador deixa de ser um debate abstrato para ganhar concretude na medida em que se estabelecem critérios explícitos – e, portanto, controláveis – aptos a dimensionar em que grau o Tribunal deve ser deferente no momento de controlar a constitucionalidade de cada lei.

Essas formulações teóricas têm, portanto, o mérito de trazer para um único momento a apreciação não apenas dos argumentos relacionados ao grau de realização dos princípios materiais, mas também dos fatores que determinam o grau de deferência judicial ao legislador. Tudo isso serve para identificar com maior precisão e harmonizar de modo adequado (i) o grau de presunção de constitucionalidade das leis penais, (ii) a intensidade do controle jurisdicional dessas leis, e (iii) o peso extra que o princípio formal – legitimidade democrática e capacidade técnica ou institucional – deve ter no processo ponderativo que se desenvolve no controle de constitucionalidade de leis penais.

O STF não desenvolveu, até agora, uma orientação jurisprudencial sólida orientada a diferenciar a intensidade do controle de constitucionalidade – e, por via de consequência, da aplicação do princípio da proporcionalidade –, tal como fizeram, por exemplo, a Suprema Corte dos EUA e o Tribunal constitucional da Alemanha. Contudo, defende-se neste trabalho que o emprego de um critério graduável para averiguação da constitucionalidade das leis penais – *i.e.* leve, médio e estrito – apresenta vantagens para a determinação do âmbito de configuração do legislador, pois oferece clareza em relação a *quando* e *em que temas* o Tribunal deveria submeter a lei a escrutínios mais rigorosos ou exaustivos. O subdesenvolvimento desse tema pela jurisdição constitucional brasileira tem produzido, no campo penal, a adoção injustificada de níveis baixos de intensidade de controle de leis penais e a imputação errática de elevado grau de presunção de constitucionalidade a leis penais que restringem intensamente direitos fundamentais de minorias subrepresentadas e são produzidas por meio de processos deliberativos cuja qualidade é extremamente baixa.

A escolha do nível de intensidade de controle de constitucionalidade deve ser feita a partir da consideração de aspectos *materiais* – *i.e.*, determinação da importância dos direitos fundamentais restringidos e da intensidade das restrições – e *formais* – *i.e.*, grau de legitimidade democrática do órgão que produziu a lei, de representatividade dos grupos potencialmente

afetados e também da qualidade da deliberação parlamentar. A adoção de uma postura de maior ou menor deferência ao legislador não deve ser fruto do acaso, de particularismos ou de visões subjetivas dos juízes. Essas variações das intensidades do controle devem ser explicitadas pelo Tribunal, com a apresentação dos argumentos que recomendam imputar maior ou menor grau de presunção de constitucionalidade à lei, bem como atribuir maior ou menor peso *extra* ao princípio formal (e seus elementos estruturantes) no processo ponderativo.

6 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS PENAIS

O controle de constitucionalidade de leis penais, ainda em estágio inicial de desenvolvimento no Brasil, tem se apoiado cada vez mais no princípio da proporcionalidade como método para investigar a legitimidade das restrições de direitos fundamentais por elas impostas. A decisão da 1ª Turma do STF que, ao revogar a prisão preventiva de acusado de provocar aborto com o consentimento da gestante (art. 126 do CP), considerou inconstitucional a criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro semestre se baseou, em grande medida, na violação ao princípio da proporcionalidade¹⁰³⁸. Os votos proferidos pelos Ministros Luís Roberto Barroso¹⁰³⁹ e Gilmar Mendes¹⁰⁴⁰ – em julgamento ainda não encerrado – no sentido da inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas ilícitas para uso pessoal também se fundamentaram principalmente na ofensa ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade serviu de ferramenta argumentativa para declarar a inconstitucionalidade da contravenção penal de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei 3.688/1941)¹⁰⁴¹. Também em importantes julgamentos que resultaram na declaração de constitucionalidade de leis penais – como nos casos da abolição parcial da modalidade de prescrição retroativa contada entre a data

¹⁰³⁸ Consta da ementa do acórdão o seguinte resumo sobre a violação ao princípio da proporcionalidade: “A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. (...)” (STF, HC 124306, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Luís Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 09.08.2016).

¹⁰³⁹ V. anotações para voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso publicado no Consultor Jurídico: Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

¹⁰⁴⁰ RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes. V. íntegra do voto publicado no sítio eletrônico do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

¹⁰⁴¹ V. o seguinte trecho do acórdão: “Ademais, verifico que a contravenção penal em questão viola o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de satisfação do fim legislativo – a punição de uma conduta apenas quando realizada por pessoas determinadas segundo critérios discriminatórios (condenação anterior ou condição social e econômica) – demonstra ser inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção” (STF, RE 583523, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 03.10.2013).

do fato e a do recebimento da denúncia¹⁰⁴² e da criminalização do porte de arma¹⁰⁴³ – o princípio da proporcionalidade foi utilizado como parâmetro de controle. Além disso, como visto no capítulo anterior, o princípio da proporcionalidade serviu como parâmetro de controle para a declaração de inconstitucionalidade de leis que restringiam excessivamente o espaço judicial de individualização da pena.

A ascensão do princípio da proporcionalidade como principal ferramenta argumentativa e metodológica do controle de constitucionalidade de leis penais se justifica, em primeiro lugar, pelo enorme sucesso angariado por esse princípio na dogmática jurídica e na jurisprudência comparadas¹⁰⁴⁴. Partindo da jurisprudência alemã – onde teve sua aplicação organizada e consolidada nos termos atualmente conhecidos –, o princípio foi rapidamente incorporado à jurisprudência das duas Cortes Europeias – a Corte de Justiça da União Europeia¹⁰⁴⁵ e a Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁰⁴⁶ –, passando a funcionar como esquema argumentativo central. Em seguida, o princípio da proporcionalidade foi difundido em quase todos os ordenamentos jurídicos europeus, ganhou alta relevância nos ordenamentos da *common law*¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴² STF, HC 122694, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 10.12.2014.

¹⁰⁴³ STF, HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 06.03.2012.

¹⁰⁴⁴ É perceptível a tentativa de juízes constitucionais, inclusive no Brasil, de integrar uma espécie de “comunidade informal de juízes, por meio do intercâmbio de formas de pensar o direito, da aplicação do direito internacional em cortes nacionais, da aplicação de decisões com efeitos extraterritoriais” (VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 218). Essa tendência crescente e positiva de invocação do direito comparado na interpretação constitucional é denominada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel como princípio do cosmopolitismo. Nesse contexto, o diálogo entre juízes nacionais e a jurisprudência das Cortes Constitucionais de outros países decorre da disposição para a aprendizagem recíproca, mediante a formação de uma rede transversal construtiva, que configura uma das relevantes manifestações do transconstitucionalismo. V. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 451.

¹⁰⁴⁵ V. TESAURO, Giuseppe. *Proportionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*. Relazione all’incontro delle Corte Costituzionali di Portogalo, Spagna e Italia, 24 out. 2013. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Tesauo_Roma2013.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

¹⁰⁴⁶ V. TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerpen, Oxford, New York: Intersentia, 2002.

¹⁰⁴⁷ O caso da Suprema Corte dos EUA constitui notável exceção a essa tendência global de incorporação da proporcionalidade à jurisdição constitucional. Embora existam trabalhos que sugeriram que o raciocínio empregado no juízo de proporcionalidade seja encontrado na jurisprudência norte-americana baseada em três tipos de juízo (*strict, intermediate e rational basis scrutiny*). V. JACKSON, Vicki. Constitutional Law in an Age of Proportionality. *Yale Law Journal*, v. 124, n. 8, jun. 2015, p. 30094 e ss. É mais difundida a compreensão de que a ponderação foi progressivamente abandonada pela Suprema Corte dos EUA. V. SCALIA, Antonin. The Rule of Law as a Law of Rules. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 4, 1989, p. 1175 e ss. A despeito das diferenças entre o princípio da proporcionalidade e o “categorical approach” encontrado na maior parte da dogmática dos EUA – v. SCHAUER, Frederick. Expression and Its Consequences. *University of Toronto Law Journal*, v. 57, n. 3, 2007, p. 705-720 –, muito da doutrina norte-americana nesse campo – que utiliza fartamente a expressão “medida menos restritiva” poderia ser melhor compreendida sob as lentes da versão alemã da

e, mais recentemente, nos países latino-americanos¹⁰⁴⁸. O princípio da proporcionalidade é a categoria jurídica mais amplamente aceita no mundo e a metodologia argumentativa com maior inserção na jurisprudência dos Tribunais constitucionais¹⁰⁴⁹.

No Brasil, o maior protagonismo do Judiciário – e notadamente do STF – nas últimas duas décadas foi acompanhado de inequívoca elevação da importância dos princípios constitucionais no controle de constitucionalidade. A utilização de princípios constitucionais como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade de leis, o reconhecimento de princípios constitucionais implícitos e a identificação de consequências jurídicas relevantes por meio da aplicação direta desses princípios caracterizam grande parte do repertório jurisprudencial do STF nos últimos anos¹⁰⁵⁰. Esse fenômeno de intensa valorização dos princípios no direito constitucional brasileiro – identificado como característica central da nova interpretação constitucional¹⁰⁵¹ ou do neoconstitucionalismo brasileiro¹⁰⁵² –, depois de ter sido

proporcionalidade. V. SULLIVAN, E. Thomas; FRASE, Richard S., *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 51-90.

¹⁰⁴⁸ Para uma perspectiva do direito constitucional comparado, v. STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, 2008.

¹⁰⁴⁹ A propósito de uma visão global do uso da proporcionalidade na jurisdição constitucional comparada, v. V., a respeito, BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitation*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 181 e ss. Esse é o melhor exemplo de um contínuo processo de importação de soluções para problemas comuns, discutidos em diversas instâncias nacionais, internacionais e supranacionais. Marcelo Varella alerta, nesse contexto, para o fato de que “os diferentes atores estatais sentem-se como parte de um processo de discussão comum e se convencem sobre determinadas soluções ou, então, se sentem obrigados a cumprir o direito internacional – mesmo que não integrem eventuais tratados – por considerarem como a melhor solução a ser tomada para um problema concreto”. Além da influência exercida por normas internacionais não obrigatórias e também por normas de organizações que o Estado sequer integra – em razão da força persuasiva que estas manifestam no contexto discursivo interno –, Marcelo Varella menciona outros processos de influência, construídos a partir da força argumentativa que a proteção de determinados valores (em conflito no próprio Estado) exerce no debate levado a efeito pelos atores nacionais: “[u]ma decisão internacional serve como contrapeso a um debate interno, reforçando um dos lados, invertendo o jogo de forças políticas nacionais” (VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 109-110).

¹⁰⁵⁰ V., sobre o aumento da importância dos princípios no contexto do “novo direito constitucional brasileiro”, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (Rere)*, n. 9, mar./abr./mai. 2007.

¹⁰⁵¹ V. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁰⁵² V. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (Rere)*, n. 9, mar./abr./mai. 2007.

bastante festejado¹⁰⁵³, passou a ser objeto de importantes críticas pela doutrina¹⁰⁵⁴ tanto sob a ótica do déficit democrático como também da fraca controlabilidade do itinerário argumentativo das decisões judiciais¹⁰⁵⁵.

Foi nesse contexto de inegável ascensão dos princípios constitucionais que cresceu a importância da *teoria dos princípios* no Brasil, com base na qual se construiu a distinção estrutural das normas entre *regras* (que devem ser aplicadas na exata medida das suas prescrições) e *princípios* (que devem realizados na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto). A proposta teórica de distinção estrutural (qualitativa) das normas jurídicas entre regras e princípios que ganhou maior destaque no direito comparado foi aquela desenvolvida por Robert Alexy¹⁰⁵⁶ e aplicada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha. O uso de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal, embora nem sempre tenha relevância persuasiva, tem crescido nos últimos anos¹⁰⁵⁷. Virgílio Afonso da Silva apresentou no ano de 2010 resultado de pesquisa sobre a utilização de decisões estrangeiras pelo STF, concluindo que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é o segundo mais citado pela jurisprudência do STF¹⁰⁵⁸, sendo que o campeão de exportação alemã para a jurisdição constitucional brasileira é, sem dúvida, o princípio da proporcionalidade.

De acordo com a dogmática prevalente na Alemanha, a diferenciação entre regras e princípios tem repercussões estruturais também no modo de aplicação dessas normas. As regras

¹⁰⁵³ V., numa perspectiva mais otimista da valorização dos princípios no direito constitucional brasileiro, BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁰⁵⁴ No Brasil, esse fenômeno passou a ser criticado sob diversas óticas. V. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008; SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (org). *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287 a 305; ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, n. 17, jan./fev./mar. 2009, p. 17.

¹⁰⁵⁵ V. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

¹⁰⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁰⁵⁷ Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014.

¹⁰⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530, p. 529.

– “*determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível*”¹⁰⁵⁹ – devem ser aplicadas de forma estrita, segundo a lógica do *tudo* ou *nada*, ou por mera subsunção. Já os princípios – “*normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*”¹⁰⁶⁰ – podem ser aplicados em graus variados, por meio da técnica da ponderação. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “*o principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem*”¹⁰⁶¹. Para ele, “*no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou se impõem deveres) prima facie*”¹⁰⁶². Essa incidência *prima facie* implica que a aplicação definitiva dos princípios está condicionada à consideração de todas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em cada caso concreto.

A distinção qualitativa entre *regras* e *princípios* supõe uma forma de aplicação e também de solução de conflitos normativos típicas para cada um desses tipos de normas: regras são aplicadas por subsunção e princípios por sopesamento. As regras não admitem aplicação gradual, de modo que se duas regras estabelecerem consequências jurídicas antagônicas, uma delas deverá ser tida como inválida. A não aplicação de uma regra depende da demonstração de que ela é inválida ou de que a situação fática não enseja a sua aplicação. Na colisão de princípios, ainda que um deles seja definitivamente aplicado, o outro não será declarado inválido. A validade do princípio não fica comprometida pela sua não realização definitiva, que está sempre condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas. Um princípio tem precedência condicionada – apenas em determinadas condições fáticas e jurídicas – sobre o outro, de acordo com um raciocínio (sopesamento) destinado a verificar qual deles tem maior peso no caso concreto¹⁰⁶³.

Essa relação de precedência condicionada de um princípio em detrimento do outro é encontrada a partir de dois parâmetros enunciados por Alexy: (i) “*quanto maior for o grau de*

¹⁰⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 90.

¹⁰⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92 e ss.

não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹⁰⁶⁴; e (ii) “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”¹⁰⁶⁵. O primeiro enunciado é conhecido como *lei do sopesamento*, que exige que a não realização de um princípio deva ser justificada pela realização de um outro princípio que tenha maior relevância diante das circunstâncias (fáticas e jurídicas) do caso concreto. O segundo enunciado é chamado de *lei da colisão* e estabelece que a aplicação definitiva de um princípio resulta sempre na criação de uma regra segundo a qual, sempre que se fizerem presentes as mesmas condições, o mesmo princípio terá precedência condicionada sobre o outro¹⁰⁶⁶.

A maior parte da doutrina reconhece que o princípio da proporcionalidade resulta, necessariamente, do conceito de princípio como mandado de otimização¹⁰⁶⁷. O princípio da proporcionalidade seria, desse modo, uma decorrência lógica da necessidade de realização graduada dos princípios na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. Como afirmou Jane Reis, “ao entender-se as normas de direito fundamental como princípios – ou seja, como normas que podem ser cumpridas em diferentes graus –, torna-se imperativo adotar um critério que se preste a mensurar em que escala a Constituição exige o seu cumprimento em cada caso”. Essa é a justificativa para conceber o princípio da proporcionalidade como “um comando que deve ser realizado na melhor medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 99.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 100.

¹⁰⁶⁷ Virgílio Afonso da Silva resume essa relação de mútua implicação entre a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade: “Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy, [...] admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação” (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, 2002, p. 43-44).

¹⁰⁶⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 173.

Segundo essa visão, os direitos fundamentais e outras normas constitucionais, em razão da sua estrutura e natureza principiológica, demandariam o uso da proporcionalidade para serem aplicados. Embora essa seja a justificação mais aceita para fundamentar o *status* constitucional do princípio da proporcionalidade, Daniel Sarmento diminui a importância desse debate, afirmando que “*sob o ponto de vista prático, o fundamental é que se reconheça a vigência e eficácia do princípio em questão em nosso ordenamento*”, já que “*a proporcionalidade pode ser extraída de diversos preceitos constitucionais diferentes e do próprio sistema constitucional globalmente considerado*”¹⁰⁶⁹.

No Brasil, a proporcionalidade é invocada como equivalente funcional das categorias da razoabilidade e da proibição de excesso. Mesmo quando utilizada no sentido tradicionalmente atribuído pela *teoria dos princípios*, o princípio da proporcionalidade enfrenta dificuldades metodológicas e conceituais no seu emprego pela doutrina e pela jurisprudência. Muitas das referências à proporcionalidade na jurisprudência do STF podem ser consideradas tecnicamente incorretas: os equívocos vão desde a menção à proporcionalidade para designar referência à razoabilidade – o ato desproporcional pode ser razoável (não absurdo)¹⁰⁷⁰ – até o

¹⁰⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade in Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, pp. 152-153.

¹⁰⁷⁰ O rigor do controle dos atos à luz da proporcionalidade é mais rigoroso que aquele fornecido pela razoabilidade. Humberto Ávila resumiu os sentidos tradicionalmente assumidos pelo princípio da razoabilidade da seguinte forma: “Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139). Nesse sentido, a recente orientação jurisprudencial do STF no precedente que declarou a constitucionalidade da revogação da prescrição da pretensão punitiva contada retroatividade entre a data do fato e a do recebimento da denúncia: “Destaco, ainda, que a proporcionalidade em sentido amplo se distingue da razoabilidade, em função de sua origem e estrutura de aplicação. A razoabilidade ou, mais, precisamente, o ‘princípio da irrazoabilidade’, tem origem na jurisprudência inglesa, que, a partir de decisão proferida em 1948, passou a rejeitar atos ou decisões que fossem *excepcionalmente* irrazoáveis ou que nenhuma autoridade razoável adotaria. Trata-se, portanto, de um ‘teste da irrazoabilidade’, para se aferir se a Corte tem ou não legitimidade para glosar o ato impugnado. Costuma-se ainda associar a proporcionalidade à razoabilidade da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, baseada no devido processo legal em sentido material, previsto, em nosso ordenamento, no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. O exame da proporcionalidade propriamente dito, por sua vez, tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Como observa Virgílio Afonso da Silva, embora proporcionalidade e razoabilidade tenham objetivos semelhantes, esses termos não são sinônimos, tanto que um ato pode ser considerado desproporcional – v.g., uma leve intervenção em um direito fundamental desprovida de fundamentação constitucional – sem ser absurdamente irrazoável. Logo, ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério” (STF, HC 122694, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 10.12.2014).

uso meramente retórico da máxima da proporcionalidade, sem qualquer preocupação em se valer dos seus elementos estruturantes (subprincípios) na argumentação¹⁰⁷¹.

Entretanto, a referência ao princípio da proporcionalidade é associada pela maior parte dos constitucionalistas brasileiros¹⁰⁷² à construção teórica da jurisprudência alemã difundida entre nós pela *teoria dos princípios* de Robert Alexy¹⁰⁷³. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade é composto por três etapas que obedecem a uma ordem pré-definida: testes de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁷⁴. O ato controlado só se submete ao teste da necessidade se houver passado pela adequação, e só passa pelo filtro da proporcionalidade em sentido estrito se houver passado antes pelo teste da necessidade. É com base nessa estrutura que o princípio da proporcionalidade servirá de base para uma proposta de reorganização do controle material de constitucionalidade de leis penais no Brasil.

6.1 A estrutura do princípio da proporcionalidade

A despeito da enorme quantidade de referências ao princípio da proporcionalidade em trabalhos acadêmicos e decisões judiciais nos últimos anos, a falta de precisão metodológica e conceitual com que essa categoria jurídica tem sido empregada impõe a exposição de uma síntese da sua estrutura como condição prévia à análise do modo como ela se aplica ao controle

¹⁰⁷¹ V., sobre as dificuldades enfrentadas na aplicação do princípio da proporcionalidade no Brasil, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, 2002, p. 23-50. V., ainda, PEREIRA, Bruno Ramos. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo; SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JÚNIOR, Renato Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368-372.

¹⁰⁷² V., a propósito, BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁰⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁰⁷⁴ Humberto Ávila assim resume o princípio da proporcionalidade: “[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 o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146).

de constitucionalidade de leis penais. O princípio da proporcionalidade, nessa versão desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem uma estrutura racionalmente definida e sub-elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) independentes, com significado próprio e ordem de aplicação pré-definida¹⁰⁷⁵. A uniformização do sentido atribuído a esses subprincípios da proporcionalidade é imprescindível para conferir ao uso da proporcionalidade transparência, controlabilidade e previsibilidade¹⁰⁷⁶.

No teste da adequação, o objetivo é verificar se a medida restritiva de direito fundamental fomenta a realização de um objetivo legítimo. Quando a sua adoção não contribuir em nada para a realização de um direito fundamental (ou de um interesse constitucionalmente admitido), a medida será considerada inadequada. Ao contrário, se a medida promover, em qualquer medida, a realização de um direito fundamental ou interesse legítimo, deverá ser considerada adequada. A maior parte da doutrina acolhe um sentido fraco da idoneidade (ou da adequação), o que equivale afirmar que a medida restritiva, para ser considerada adequada, deve contar com mínima aptidão para realizar o fim por ela almejado¹⁰⁷⁷. Somente serão inadequadas (ou inidôneas) as medidas restritivas que se revelem completamente inócuas ou ineficientes para obter o fim almejado¹⁰⁷⁸.

Essa primeira etapa do princípio da proporcionalidade engloba duas exigências: (i) a legitimidade do fim almejado pela medida restrita e (ii) a aptidão do meio adotado para contribuir de qualquer forma para a realização desse objetivo. A finalidade perseguida pela medida restritiva de direito fundamental será considerada legítima sempre que não for expressa

¹⁰⁷⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, 2002, p. 30.

¹⁰⁷⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 206. Também nesse sentido: ALEXYY, Robert. *La fórmula del peso*. Trad. Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 14-15.

¹⁰⁷⁷ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 56 e ss. No mesmo sentido: BERNAL PULIDO, Carlos. Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad: una respuesta a Gloria Lopera. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 25, n. 74, mai.-ago. 2005, p. 424.

¹⁰⁷⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 178. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, 2002, p. 36.

ou implicitamente proibida pela Constituição. Ressalte-se que alguns autores consideram o exame da legitimidade do fim perseguido pela medida como etapa autônoma e anterior ao teste da adequação¹⁰⁷⁹. O mais comum, entretanto, é aferir a legitimidade do fim almejado dentro do teste da adequação, no qual se verifica a constitucionalidade da finalidade da medida e também a aptidão do meio escolhido para fomentar essa finalidade¹⁰⁸⁰. Já a análise da aptidão da medida para a realização do fim almejado envolve, nessa versão débil do subprincípio da adequação, apenas a verificação se o meio adotado pela medida restritiva possui alguma capacidade empírica para contribuir para a realização desse fim.

O teste da necessidade – empregado apenas quando a medida restritiva se mostre adequada – consubstancia juízo de natureza comparativa: uma medida deve ser considerada necessária quando a realização da finalidade almejada não puder ser promovida, com, no mínimo, a mesma eficácia, por meio de outro meio que restrinja, em menor medida, o direito fundamental (ou interesse) por ela afetado. Dito de outro modo, se existir alternativa menos gravosa que apresente no mínimo a mesma eficácia da medida restritiva analisada para realizar o fim pretendido, a medida será desnecessária. Para que uma medida seja considerada desnecessária, portanto, dois fatores devem ser conjugados: igual ou maior idoneidade do meio alternativo e menor onerosidade do meio alternativo¹⁰⁸¹. O teste da necessidade é, assim, um controle negativo, pois a medida analisada será considerada necessária sempre que não houver outro meio menos oneroso que viabilize a consecução do fim¹⁰⁸².

Essa segunda etapa da proporcionalidade – o juízo de necessidade – envolve duas exigências: (i) a idoneidade equiparada das medidas restritiva (principal) e alternativa, e (ii) a onerosidade reduzida da medida alternativa em comparação com a principal. Essas duas fases

¹⁰⁷⁹ V., nessa linha, CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, 2010, p. 119.

¹⁰⁸⁰ Essa tem sido a compreensão do STF a respeito do juízo da adequação: “Para Martin Borowski, uma medida estatal é idônea (adequada) se a sua adoção conduz a que se alcance ou favoreça a obtenção de um fim legítimo perseguido pelo Estado, isto é, cuja consecução é ordenada ou permitida constitucionalmente, e é necessária se a finalidade almejada não pode ser alcançada por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz (La estructura de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 129-130)” (Inq 3922 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 15.12.2015).

¹⁰⁸¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 185.

¹⁰⁸² *Ibid.*, p. 184.

do teste de necessidade abrangem análises comparativas multidimensionais. Isso porque tanto uma como outra exigem que a comparação entre a medida restritiva analisada e as medidas alternativas seja feita sob diversas óticas ou perspectivas. A comparação da idoneidade das medidas deve ser feita levando em consideração os aspectos *quantitativo* (a medida alternativa promove o objetivo tanto como a medida questionada?), *qualitativo* (ela o faz tão bem como a medida impugnada?), *probabilística* (a sua chance de êxito é igual ou superior à da medida que foi adotada?) e *temporal* (ela atinge os objetivos com pelo menos a mesma velocidade do que a medida adotada?). Como sintetizou Daniel Sarmento, “*uma medida só será considerada pelo menos tão idônea quanto à adotada pelo Estado se for igual ou superior àquela sob todas estas perspectivas*”¹⁰⁸³.

A mesma perspectiva multidimensional é adotada no momento da comparação dos graus de onerosidade das medidas, que podem ser medidos à luz dos aspectos *material* (intensidade da repercussão da medida sobre o direito), *temporal* (extensão da medida no tempo), *espacial* (extensão no espaço), *pessoal* (âmbito subjetivo de incidência da restrição) e *probabilístico* (maior ou menor chance de uma medida lesar um direito). A menor onerosidade da medida alternativa deve ser verificada de forma complexa, a partir da comparação sob todos esses aspectos: “*se não for possível identificar um meio menos oneroso segundo todos esses pontos de vista, deve prevalecer a escolha do Parlamento*”¹⁰⁸⁴. O teste da necessidade não impõe apenas a busca de alternativas menos onerosas para os direitos fundamentais. A medida alternativa menos onerosa só terá relevância para a afirmação da ilegitimidade da medida principal se os meios comparados tiverem igual eficácia¹⁰⁸⁵. Como resultado, se não for constatada a existência de um meio alternativo menos lesivo e igualmente idôneo, a medida estatal já estabelecida pode ser considerada como necessária¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸³ SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 161.

¹⁰⁸⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186.

¹⁰⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

¹⁰⁸⁶ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 104 e ss.

Na terceira etapa da proporcionalidade – a proporcionalidade em sentido estrito – se realiza um sopesamento entre a intensidade da restrição provocada pela medida questionada e a importância da realização do interesse que é promovido com a sua adoção. O objetivo é impedir que as medidas adotadas pelo poder público, mesmo adequadas e necessárias, imponham restrição desproporcional – “*para além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar*”¹⁰⁸⁷. O exame da proporcionalidade em sentido estrito envolve, portanto, uma comparação entre a intensidade da restrição de direitos imposta pela medida questionada e o grau de promoção dos direitos e interesses contrapostos. O teste da proporcionalidade em sentido estrito exige que “*a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto*”. Esse juízo se desenvolve em três etapas: (i) identificação da intensidade da restrição ao direito fundamental; (ii) determinação da importância da realização do princípio antagônico ao direito, que fundamenta a restrição; e (ii) verificação da importância da realização do fim perseguido, para concluir se ela justifica a intervenção no direito fundamental¹⁰⁸⁸.

A operação argumentativa sugerida pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe a atribuição de pesos aos dois lados da balança sopesados. É preciso criar parâmetros normativos capazes de possibilitar a comparação entre grandezas diversas – *i.e.*, direitos fundamentais e bens jurídicos diferentes, além de interesses jurídicos dotados de variados graus de relevância constitucional¹⁰⁸⁹. Essa atribuição de pesos não constitui um cálculo matemático, mas leva em consideração a importância dos princípios constitucionais restringidos e realizados em cada caso concreto. Embora não seja possível suprimir completamente o componente subjetivo da interpretação constitucional, a *teoria dos princípios* defende que a atribuição de pesos no teste da proporcionalidade em sentido estrito se dá com base em critérios justificáveis baseados na própria axiologia constitucional¹⁰⁹⁰. O teste da proporcionalidade em sentido estrito

¹⁰⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175.

¹⁰⁸⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 189.

¹⁰⁸⁹ A falta de uma métrica comum para a realização dessa comparação é apontada como um dos motivos para descredenciar o sopesamento como melhor método de decisão. V., sobre o ponto, TSAKYRAKIS, Stravros. Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2009, p. 468-493.

¹⁰⁹⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 763 e ss. Alexy também não defendeu a tese ingênua da eliminação da subjetividade no processo ponderativo. Pelo contrário, a sua teoria dos princípios sempre considerou o sopesamento como um procedimento que não conduz a um resultado único e inequívoco em todo e qualquer

envolve, portanto, o sopesamento entre a intensidade da restrição provocada pela medida questionada e a importância da realização do direito ou interesse cuja realização é por ela promovida¹⁰⁹¹.

O esquema argumentativo básico do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste em organizar a distribuição de pesos entre o grau de restrição de um direito fundamental e o grau de realização de outro direito fundamental (ou de outro interesse constitucionalmente legítimo). A aparente simplicidade da proposta segundo a qual a não realização de um princípio deve ser justificada pela realização de outro princípio que tenha maior relevância diante das circunstâncias (fáticas e jurídicas) do caso concreto – *lei do sopesamento* – é conturbada pela dificuldade em estabelecer critérios justificáveis sob o ponto de vista constitucional para atribuir maior ou menor peso à restrição do direito ou à realização do princípio contraposto.

As colisões entre princípios constitucionais devem ser resolvidas de modo que um deles ceda no caso concreto, sem que seja declarado inválido. A realização definitiva do princípio está condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas pela situação concreta. Um princípio apresenta, na linguagem de Alexy, precedência condicionada sobre o outro¹⁰⁹². Essa precedência é resultado de um raciocínio conhecido como *ponderação* ou *sopesamento*, utilizado para definir qual dos princípios ou interesses têm maior peso no caso concreto¹⁰⁹³. Para controlar argumentativamente a atribuição de peso aos princípios, Alexy desenvolveu a chamada *fórmula do peso*, que informa a imputação da importância aos princípios no caso concreto a partir da importância abstrata dos princípios envolvidos, do grau de realização ou restrição dos princípios no caso concreto e do grau de segurança das premissas empíricas que fundamentam esse juízo¹⁰⁹⁴.

caso. V. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 594.

¹⁰⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175.

¹⁰⁹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, p. 93 e 95.

¹⁰⁹⁴ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: a Structured Comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, n.4, 2003, p. 433-449. V., sobre a fórmula do peso, BERNAL PULIDO, Carlos. On Alexy's Weight Formula. In: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.). *Fundamental Rights through Discourse*. Oslo: Arena, 2004.

A *fórmula do peso* angariou considerável adesão no direito constitucional brasileiro¹⁰⁹⁵. Apesar da seriedade das críticas dirigidas ao *sopesamento* e à *fórmula do peso*¹⁰⁹⁶, nenhuma outra formulação teórica com a mesma consistência metodológica obteve adesão sequer comparável àquela acumulada pelo princípio da proporcionalidade¹⁰⁹⁷. Marcelo Guerra resumiu os fatores que condicionam a atribuição de peso aos princípios colidentes: (i) o *peso abstrato* dos valores em conflito – qual a relevância, independentemente de qualquer situação concreta, que os valores ou princípios em conflito têm; (ii) a interferência que a realização de um dos valores em conflito causa no outro, bem como a interferência que a realização do segundo (normalmente pela simples omissão em realizar o primeiro) causa no primeiro; e (iii) quais as evidências disponíveis para fundamentar, racionalmente, as considerações relativas ao *peso concreto*, uma vez que as afirmações produzidas quanto a este aspecto do problema – o grau de interferência – são afirmações descritivas, portanto *verificáveis*, a exigir, em nome da racionalidade, o suporte de evidências empíricas¹⁰⁹⁸.

Seguindo esse mesmo roteiro, Daniel Sarmento diz que a consideração do *peso abstrato* dos princípios sopesados implica “*reconhecer que determinados interesses recebem uma proteção maior do ordenamento constitucional do que outros, e que por isso, em hipótese de conflito, existe uma tendência prima facie de que prevaleçam*”. Para ele, o maior ou menor peso abstrato de um princípio (direito fundamental ou interesse) deve ser aferido a partir do

¹⁰⁹⁵ V., entre outros, GUERRA, Marcelo Lima Guerra. A proporcionalidade em sentido estrito e a ‘fórmula do peso’ de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 31, n. 65, p. 25-42. jan.-jun. 2007. Daniel Sarmento e Jane Reis também incorporaram esses critérios – peso abstrato, peso concreto e confiabilidade das premissas empíricas – ao teste da proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁰⁹⁶ Laura Clérico resume os três principais grupos de críticas do sopesamento: críticas metodológicas, dogmáticas e políticas. As críticas metodológicas concentram no problema da racionalidade; as dogmáticas tem relação com a alegada falta de desenvolvimento de uma dogmática da ponderação mais específica, especificamente relacionada a cada um dos direitos fundamentais; e as políticas abordam a questão do risco do aumento da amplitude da competência do tribunal constitucional nas decisões envolvendo direitos fundamentais, em oposição à amplitude das competências do legislativo. CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 294 e ss.

¹⁰⁹⁷ É necessário, nesse ponto, recursar as visões extremadas, que enxergam na proporcionalidade um método absolutamente discricionário e desordenado de argumentação, ou, de outro lado, um modelo capaz de garantir objetividade em sentido forte. A proporcionalidade só é capaz de fornecer um tipo fraco ou débil de racionalidade, apto a limitar e ordenar a subjetividade do intérprete. V. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 54.

¹⁰⁹⁸ GUERRA, Marcelo Lima Guerra. A proporcionalidade em sentido estrito e a ‘fórmula do peso’ de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 31, n. 65, jan.-jun. 2007, p. 30.

(i) “tratamento dado a ele pelo texto constitucional” e (ii) “da sua proximidade em relação aos valores mais fundamentais do ideário do constitucionalismo democrático, notadamente a dignidade humana, a igualdade, a autonomia existencial e o Estado Democrático de Direito”¹⁰⁹⁹. De acordo com Jane Reis, o *peso abstrato* “encontra-se diretamente relacionado ao grau de fundamentalidade do direito”, que pode ser medida pela “sua capacidade de contribuir para implementação do princípio da dignidade humana, do princípio da autonomia, do princípio democrático e do princípio da igualdade”¹¹⁰⁰. Essas ideias se mostram compatíveis com a tese defendida por Bernal Pulido de que “quanto mais conectado com capacidades morais da pessoa a posição de um princípio é, maior importância deve ser atribuída ao princípio”¹¹⁰¹.

Depois de avaliar o *peso abstrato* dos princípios colidentes, é necessário analisar o *peso concreto* desses princípios, ou seja, a intensidade com que eles são afetados pela medida questionada. É a intensidade da restrição ou da realização dos princípios que é medida pelo critério do *peso concreto*. Por isso, “quanto mais severa for a restrição a um direito fundamental, maior será seu peso concreto e, quanto maior for o grau de satisfação do princípio antagônico, maior será o peso concreto deste”¹¹⁰². Nas palavras de Bernal Pulido, “quanto mais intensa for a intervenção no direito fundamental, maior será o peso do direito na ponderação”, e, por outro lado, “quanto mais intensa for a realização do princípio que fundamenta a intervenção legislativa, maior será seu peso na ponderação”¹¹⁰³. E, por fim, se avalia, como último elemento da *fórmula do peso*, o grau de segurança das premissas empíricas em que se baseia a ponderação: “se há incerteza quanto à realização concreta da interferência, exige-se mais cautelar na edição da medida restritiva”, ao passo que “se o agente responsável

¹⁰⁹⁹ SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 163.

¹¹⁰⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 191.

¹¹⁰¹ BERNAL PULIDO, Carlos. “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/ Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, v. 93, n. 2, p. 195-208, 2006; _____. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

¹¹⁰² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 190.

¹¹⁰³ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 766.

pela edição da medida (legislador, administrador ou juiz) possui apenas dados empíricos pouco confiáveis, o peso abstrato do princípio e o grau de interferência deverão ser ainda maiores”¹¹⁰⁴.

Esses três elementos utilizados por Alexy para orientar o processo argumentativo de atribuição de peso exigido pela *ponderação* – peso abstrato, peso concreto e confiabilidade das premissas empíricas – foram organizados por meio da elaboração de uma fórmula (conhecida como fórmula do peso) com o objetivo de agregar ao teste da proporcionalidade em sentido estrito maior grau de racionalidade e objetividade. Os pesos abstrato e concreto e também o grau de certeza das premissas empíricas são escalonados em três níveis. Embora fosse possível criar escalas com maior graduação – maior quantidade de níveis –, Alexy defendeu que “*esses refinamentos têm seus limites. Embora eles possam, em tese, ser expandidos sempre mais, com isso o sistema fica cada vez mais incompreensível*”¹¹⁰⁵. De acordo com o modelo formulado por Alexy, a *fórmula do peso* pode ser sintetizada na equação assim resumida:

Peso concreto do Princípio 1 (P1) em relação ao Princípio 2 (P2) =

$$\frac{\text{Importância do P1} \times \text{Peso abstrato do P1} \times \text{Certeza empírica relacionada ao P1}}{\text{Importância do P2} \times \text{Peso abstrato do P2} \times \text{Certeza empírica relacionada ao P2}}$$

Cada um dos elementos dessa fórmula é escalonado em três intensidades: (i) as intervenções nos direitos fundamentais podem ser qualificadas como *leves* (peso 1), *médias* (peso 2) ou *graves* (peso 4); (ii) o mesmo raciocínio é empregado para classificar o grau de realização do princípio contraposto, que também pode ser escalonado em *leve* (peso 1), *média* (peso 2) ou *elevada* (peso 4); e (iii) os graus de certeza empírica também são graduados em três intensidades, ou seja, são vistos como *certos* (peso 1), *plausíveis* (peso 1/2) e *não evidentemente falsos* (1/4)¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 163-164.

¹¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 610.

¹¹⁰⁶ Como destacou Marcelo Guerra, “[é] óbvio que tal Fórmula está longe de assegurar uma plena objetividade nas decisões sobre princípios em conflito, até porque, como se viu, cada uma das variáveis há de ser preenchida através de argumentação, inexistindo uma “tarifação” previamente dada para cada uma delas” (GUERRA, Marcelo Lima Guerra. A proporcionalidade em sentido estrito e a ‘fórmula do peso’ de Robert Alexy: significância e

A aplicação dessa *fórmula do peso* tem a pretensão de organizar objetivamente os argumentos que militam a favor da medida restritiva e contra ela, permitindo concluir, no caso concreto, qual dos princípios terá prevalência sobre o outro. Como resultado da aplicação da fórmula, se o peso concreto do princípio 1 em face do princípio 2 for maior que o peso concreto do princípio 2 em face do princípio 1, a solução do caso deve ser conforme o que determina o princípio 1, que apresenta maior peso concreto na situação analisada. Tal modo de apresentar o teste da proporcionalidade em sentido estrito serve como referencial argumentativo para garantir que a medida restritiva de direito fundamental será inválida sempre que a importância da realização do princípio no qual ela se baseia não for suficiente para justificá-la¹¹⁰⁷. Embora a elaboração de uma fórmula ofereça um ganho de racionalidade no processo argumentativo, é certo que, como adverte Daniel Sarmento, “a ideia de fórmula não pode ser usada para contornar o fato de que a ponderação exigida pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não é uma operação que esgota na lógica formal”¹¹⁰⁸.

Essa *fórmula do peso* consubstancia regra sofisticada para viabilizar a aplicação da *lei do sopesamento* de forma mais objetiva e controlável. Apesar de ser louvável a tentativa de Alexy de fomentar a transparência da argumentação desenvolvida na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, é sabido que ela pode ocorrer – e quase sempre ocorre –

algumas implicações. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 31, n. 65, jan.-jun. 2007, p. 36).

¹¹⁰⁷ Na única ocasião em que o STF fez uso da fórmula do peso – decisão que reconheceu a constitucionalidade da Lei 12.234/10, que extinguiu a contagem da prescrição entre a data do fato e o recebimento da denúncia com base na pena concretamente aplicada –, fez referência apenas ao grau de afetação (e realização) dos princípios e à importância da satisfação dos princípios colidentes: “O grau de afetação do direito de liberdade pela Lei no 12.234/10, ao inviabilizar a extinção da punibilidade do agente entre a data do fato e o recebimento da denúncia com base na pena aplicada, a meu sentir, pode ser considerado médio, ou, numa escala mais refinada, situado entre médio e grave. O grau mais alto da escala (grave) somente seria atingido se as penas cominadas aos crimes e/ou todos os prazos prescricionais fossem majorados. Por sua vez, o grau de importância da satisfação dos princípios colidentes - dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade, efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional -, à vista das razões já expendidas no item IV supra, pode ser classificado como intenso ou forte. Logo, as fortes razões para a intervenção legislativa - maximizar o cumprimento do dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade, a efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional -, justificam o grau de restrição imposta ao direito de liberdade, tanto mais que os outros meios à disposição do legislador (aumento de penas ou de todos os prazos prescricionais) poderiam afetá-lo de modo muito mais intenso. A título de argumentação, ainda que se reputasse forte o grau de afetação da liberdade de locomoção, haveria uma equivalência com o grau de importância da realização dos princípios colidentes. E, se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional” (STF, HC 122694, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 10.12.2014).

¹¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 165.

sem a utilização do recurso matemático¹¹⁰⁹. Como defendeu Frederick Schauer, a estrutura argumentativa do *sopesamento* tem o mérito de reduzir as possibilidades de decisão tomadas com base em princípios. Esse é um aspecto que deve ser valorizado na *teoria dos princípios* de Alexy. O importante é não apostar nas ideias mais extremadas que ora pretendem demolir a importância do *sopesamento* – e da sua *fórmula do peso* – com base em sua suposta total irracionalidade e ora objetivam defender a falsa impressão de que o *sopesamento* pode ser equiparado aos métodos tradicionais de interpretação e aplicação do direito, tais como a subsunção e a analogia¹¹¹⁰.

Em síntese, o princípio da proporcionalidade não deve ser encarado como mera referência retórica ou como um *topos* argumentativo¹¹¹¹, pois apresenta uma estrutura clara e bem ordenada, com aptidão para justificar o reconhecimento da invalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais (i) que não promovam a realização de direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente legítimos, (ii) que se mostrem mais restritivas quando comparadas com medidas alternativas igualmente eficazes, ou (iii) que se baseiem em direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente legítimos cuja importância da realização, no caso concreto, não justifique a intensidade das restrições impostas aos direitos ou interesses limitados.

6.2 A importância do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade de leis penais

Nos últimos anos, o debate sobre o conteúdo jurídico do *bem jurídico penal* continua tendo absoluta centralidade no estudo dos limites do direito penal – e mais particularmente das escolhas legislativas de criminalização¹¹¹². Os princípios constitucionais em matéria penal são

¹¹⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the incommensurable: constitutional rights, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 2, 2011, p. 285-287.

¹¹¹⁰ SCHAUER, Frederick. *Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text*. Feb. 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1403343>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

¹¹¹¹ O Tribunal constitucional da Espanha já afirmou que o princípio da proporcionalidade não pode ser invocado de forma autônoma ou isolada. Não cabe afirmar em abstrato se uma lei viola o princípio da proporcionalidade. Esse é um juízo que demanda considerar se e em que medida a lei restringe o conteúdo de preceitos constitucionais materiais. Não se pode transformar o método sugerido pelo princípio da proporcionalidade em critérios autônomo material de controle da constitucionalidade das leis. V., nesse sentido, STC 55/1996 e STC 161/1997, ambos do Tribunal constitucional da Espanha.

¹¹¹² No direito italiano, a busca pelo estabelecimento dos limites do direito penal continua em torno da tentativa de aperfeiçoamento dogmático da categoria do bem jurídico. V., por todos, MERLI, Antonella. *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*: Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale. Napoli: Edizione Scientifiche

tratados pela dogmática penal clássica como verdadeiras regras jurídicas. Ao procurar individualizar limites gerais e abstratos aos direitos fundamentais no campo penal – quase sempre pela via da delimitação dogmática do conteúdo do *bem jurídico* –, a doutrina tradicional tende a definir os direitos fundamentais como regras, cuja aplicação dependeria de métodos interpretativos próximos ao da subsunção.

Essa proposta teórica que encontra sua origem, ao menos em sua versão mais conhecida, na teoria *bricoliana* do bem jurídico constitucional¹¹¹³ chega aos dias atuais por meio do *garantismo penal* de Ferrajoli, para quem também seria possível solucionar os conflitos (aparentes) entre os princípios e interesses constitucionais por meio de generalizações que pretendem definir o âmbito de aplicação do direito fundamental a partir de limites abstratos (e internos) ao próprio direito. Para essa corrente de pensamento, a atribuição da feição de regras jurídicas aos direitos fundamentais no campo penal tenderia a lhes oferecer maior grau de proteção. A possibilidade de sopesamento dos princípios jurídicos é vista com desconfiança e entendida como um modo de fragilizar a proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal¹¹¹⁴.

Contudo, essas importantes contribuições teóricas que buscaram extrair diretamente da Constituição – com base em formulações abstratas e generalizações descontextualizadas – o conteúdo possível do direito penal têm mostrado elevado grau de esgotamento na última quadra histórica¹¹¹⁵. O enorme e complexo repertório teórico da ciência penal – cujo desenvolvimento se deu, em especial, por meio da categoria do bem jurídico e dos princípios da ofensividade, da

Italiane, 2006; FIADANCA, Giovanni. *Sul bene giuridico: Un consuntivo critico*. Torino: Giappichelli, 2014. O mesmo acontece no direito brasileiro. V., por todos, PRADO, Luiz Regis. *Bem-jurídico penal e constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹¹¹³ Essa proposta bricoliana de limitação constitucional do direito penal foi assim resumida por Luciano Feldens: “Assim, Luciano Feldens assevera: “Na lição proposta por Bricola, isso implica verificar se não é possível, ou mesmo necessário, encontrar na Constituição uma espécie de síntese a priori, ou seja, um modelo de intervenção penal que se imponha desde fora ou desde acima, enfim, um programa mais ou menos detalhado que vincule o legislador tanto a respeito dos fins como dos instrumentos de tutela” (FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 61).

¹¹¹⁴ Para uma reconstrução sofisticada desse raciocínio, v. FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali e democrazia*. Due obiezioni a Robert Alexy. *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1, p. 37-52, jun. 2015.

¹¹¹⁵ A ultrapassada visão de que o direito penal é um tipo de direito constitucional aplicado e de que o sistema constitucional fornece todas as respostas para o legislador nesse campo acabaria, na visão de Ana Elisa Bechara, por “subtrair a estratégia criminalizadora das regras de discussão pública próprias de um regime democrático e pluralista, sendo precisamente o respeito a essas regras que impede que a Constituição se transforme em uma espécie de direito natural positivado, rígido e intangível” (SILVA, Ana Elisa Liberatore. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2010. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 46).

culpabilidade, da *ultima ratio*, da subsidiariedade e da fragmentariedade – não foram incorporados ou traduzidos adequadamente para a gramática do direito constitucional contemporâneo. Essa sofisticada acumulação teórica da ciência penal não se mostrou apta a funcionar como instância de controle e de contenção do poder punitivo estatal. E o vertiginoso crescimento da importância da jurisdição constitucional que ocorreu desde a segunda metade do século passado não foi acompanhado de um correspondente aumento do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis penais. Essa é a prova de que esse repertório teórico pré-constitucional da dogmática penal não se inseriu adequadamente na prática das Cortes e Tribunais constitucionais.

Nesse contexto, o debate sobre os limites materiais do direito penal é marcado pela falta de consenso e de clareza sobre o valor normativo dos princípios constitucionais do direito penal. A dogmática penal tende a caracterizar esses princípios como normas superiores, que orientam a criação e a aplicação das regras contidas na legislação penal. A maior parte das formulações teóricas produzidas pela ciência penal apostam na ideia de que esses princípios constituem “*pilares sobre os quais descansam as instituições jurídico-penais: os delitos, as faltas, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais*”¹¹¹⁶. As propostas de definição desses princípios constitucionais penais se distanciam, assim, da noção de princípios como “*normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*”¹¹¹⁷.

A considerável diversidade de propostas de identificação de quais princípios formam esse conjunto de normas limitadoras da legislação penal é fortemente marcada pela ausência de um consenso mínimo sobre os fundamentos que legitimam a atribuição a eles de *status* constitucional. A fim de atribuir *status* constitucional a um princípio – permitindo-se que ele funcione como parâmetro de controle de constitucionalidade das escolhas legislativas – é necessário demonstrar que ele é reconhecido, ainda que implicitamente, pelo texto constitucional. Até aqui, porém, a doutrina penal parece ter trilhado o caminho mais fácil: ela atribuiu automaticamente ao elenco de princípios gerais do direito penal o caráter de princípios constitucionais do direito penal, sem qualquer esforço argumentativo mais denso para ancorar

¹¹¹⁶ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. Principios penales en el Estado social y democrático de derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, p. 217-299, 1991, p. 217.

¹¹¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

tais princípios na Constituição. O *status* constitucional desses princípios parece derivar, na maior parte dos casos, de mero *costume* ou da simples *tradição* da ciência penal construída ao longo dos últimos dois séculos. Além disso, sequer há concordância na doutrina penal sobre quais são os princípios constitucionais que informam o campo penal¹¹¹⁸.

O resultado desse emaranhado de princípios constitucionais do campo penal – também conhecidos como princípios penais básicos, bases constitucionais do direito penal ou princípios penais constitucionais – é um quadro normativo confuso, do qual não se extrai com clareza quais deles são verdadeiros princípios, quais são regras constitucionais e tampouco qual o grau de operatividade de cada um deles. A legalidade, a irretroatividade da lei penal mais gravosa e a retroatividade da lei penal mais benéfica são conhecidas como princípios constitucionais, mas configuram típicas regras constitucionais, já que constituem “*determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível*”¹¹¹⁹ – e devem ser aplicadas de forma estrita, segundo a lógica do *tudo* ou *nada*, ou por mera subsunção. Por outro lado, as ideias de intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade costumam ser associadas a meras diretrizes que servem de inspiração para a atividade legislativa¹¹²⁰.

¹¹¹⁸ Uma visão geral do tema no Brasil pode ser extraída da síntese produzida por Ivan Luiz da Silva: “Partindo desse contato entre Constituição e Direito Penal, vejamos os princípios penais básicos apresentados pela doutrina pátria. Nilo BATISTA (1996, p. 64-105), apresenta cinco princípios: legalidade (ou reserva legal, ou intervenção legalizada), intervenção mínima, lesividade, humanidade e culpabilidade. Para Luiz LUISI (1991, p. 13-40), são: princípio da legalidade, intervenção mínima, da humanidade e os da pessoalidade e da individualização da pena. René Ariel DOTTI (1985, p. 27-39), segundo as bases constitucionais do direito Penal, apresenta os seguintes: intervenção mínima, intervenção legalizada, legalidade dos ilícitos e das sanções, irretroatividade da lei mais severa e retroatividade da lei mais benigna, personalidade e individualização das sanções, responsabilidade em função da culpa, retribuição proporcionada, reações penais como processo de diálogo (finalidade da pena) e humanidade das sanções. Márcia Dometila CARVALHO (1992, p. 53-74), discorrendo sobre a fundamentação constitucional do Direito Penal, entende merecer destaque os princípios da legalidade e da culpabilidade. Cézar BITENCOURT (1999, p. 37-50) relaciona os seguintes princípios: legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade, irretroatividade, adequação social e insignificância. Luiz Régis PRADO (2000, p. 77-86), por sua vez, aponta estes princípios: legalidade, irretroatividade, culpabilidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, intervenção mínima, fragmentariedade, pessoalidade, individualização da pena, proporcionalidade, humanidade, adequação social e insignificância. Maurício Ribeiro LOPES (1999, p. 64-107) relaciona os seguintes princípios penais constitucionais: legalidade, taxatividade, insignificância, proporcionalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, adequação social, culpabilidade, humanidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, pessoalidade da pena e individualização da pena” (SILVA, Ivan Luiz da. Das bases constitucionais do direito penal. *Revista de informação legislativa*, v. 39, n. 156, p. 41-52, out./dez. 2002, p. 50).

¹¹¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

¹¹²⁰ É bastante conhecida a lição de Donini segundo a qual a subsidiariedade não é sindicável e, portanto, não é um princípio demonstrativo utilizável pela Corte constitucional para declarar a ilegitimidade de uma lei que não a respeite. V. DONINI Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale*. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà. Milano: Giuffrè, 2004, p. 29 e ss. Também defendeu que o princípio da extrema ratio é compreendido por todos como um princípio de natureza político-criminal, argumentativo e não demonstrativo. V. DONINI Massimo. Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a

Nesse sentido, as noções de *extrema ratio* e subsidiariedade deixam de ser vistas como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”¹¹²¹, perdendo grande parte – e às vezes integralmente – a própria qualidade de normas jurídicas. E mesmo aqueles princípios que são apresentados na forma de *mandados de otimização* – como os princípios da culpabilidade e da individualização da pena – carecem de uma metodologia de aplicação compatível com a sua estrutura normativa. As tentativas de tornar essas normas operativas no controle de constitucionalidade tendem a propugnar por uma aplicação desses princípios por mera subsunção – operação compatível com a incidência definitiva de regras – ou como referências argumentativas (*topos*) utilizadas forma meramente retórica.

O debate sobre os limites constitucionais do direito penal parece ter chegado a um ponto crucial. Com o esgotamento da referência retórica a um elenco inflado de princípios clássicos do direito penal – cujo *status* constitucional é comumente presumido –, aplicados de forma desordenada e raramente utilizados como efetivos parâmetros de controle da legitimidade das leis penais, surge uma incipiente tentativa de reconduzir as controvérsias sobre a validade das restrições a direitos fundamentais promovidas pelas leis penais à aplicação controlada e racionalmente justificada do princípio da proporcionalidade. Surge, assim, um novo arsenal do direito constitucional no controle da legitimidade do direito penal cujo elemento central é o juízo de proporcionalidade¹¹²².

marginale della categoria dell'offense di Joel Feinberg. In: *Laicità, valori e diritto penale*. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg. Milano: Giuffrè, 2010, p. 41-101.

¹¹²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹¹²² Para uma visão de que os limites constitucionais do direito penal exigem a aplicação do princípio da proporcionalidade, v. o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: “Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar 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” (STF, RE 583523, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 03.10.2013). Nesse precedente, o STF afirmou a possibilidade de controle de constitucionalidade de normas penais, no qual foi reconhecida a não recepção, pela Constituição de 1988, do art. 25 da Lei de Contravenções (Decreto-Lei 3.688/1941).

O uso do princípio da proporcionalidade tem aptidão para produzir uma mudança radical na relação entre a jurisdição constitucional e o direito penal. A baixa capacidade operativa da maior parte dos princípios constitucionais em matéria penal se deve, em grande medida, às tentativas fracassadas de aplicá-los por mera subsunção ou apenas como referência retórica. A negação à natureza principiológica dos princípios constitucionais em matéria penal produz um quadro de paralisia eficaz dessas normas. A maior parte delas não passam de *proclamações retóricas*, sem qualquer resquício de utilização prática por Cortes e Tribunais constitucionais. A tentativa de construção de um volumoso arsenal teórico limitador do poder de punir estatal, proposto pela dogmática criminal até agora, resultou em um quadro de extrema apatia da jurisdição constitucional em relação ao legislador penal.

O reduzido grau de eficácia desses princípios fica ainda mais evidente nos casos em que se trabalha com conflitos reais entre princípios e regras. Nesse campo, as propostas de prevalência definitiva *a priori* de um sobre o outro – do princípio sobre a regra ou da regra sobre o princípio – carecem de explicitação de uma metodologia adequada para equilibrar a importância do respeito à regra (por seu *pedigree* democrático) e do reconhecimento da força normativa do princípio. Aqui, mais uma vez, o princípio da proporcionalidade se apresenta como metodologia apta a escrutinar a legitimidade da regra e a verificar se a sua preferência *prima facie* sobre o princípio se converte em aplicação definitiva. Além disso, o princípio da proporcionalidade envolve a formulação de juízos de fato e de valor – de forma indissociável – e exige, para ambos os tipos de juízo, a consideração de elementos empíricos ou científicos sobre a temática examinada¹¹²³. A considerável dificuldade de a jurisdição constitucional examinar aspectos empíricos necessários à formulação de juízo definitivo sobre a validade das leis penais pode ser superada, em alguma medida, pela aplicação correta do princípio da proporcionalidade, por meio do qual se pode traduzir premissas empíricas em argumentos sobre a legitimidade jurídica dessas normas.

As vantagens da proposta de intensificar o controle material da constitucionalidade das leis penais por meio do princípio da proporcionalidade são muitas. *Em primeiro lugar*, o status constitucional do princípio da proporcionalidade é amplamente reconhecido no Brasil. Não há dúvida de que o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de controle de

¹¹²³ V. FIANDACA, Giovanni. Sui “giudizi di fatto” nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi. In: BERTOLINO, Marta *et al* (eds.). *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli: Jovene, 2011, p. 265 ss.

legitimidade dos atos legislativos. O mesmo não acontece com a maior parte dos princípios clássicos do direito penal. A teoria do bem jurídico – cujo fundamento constitucional foi negado pelo Tribunal constitucional alemão¹¹²⁴ – nunca teve seu assento constitucional reconhecido de forma explícita pelo Supremo Tribunal Federal¹¹²⁵. Os princípios da lesividade, da *ultima ratio* e da fragmentariedade são utilizados apenas no julgamento de casos individuais – como referências normativas para interpretação e aplicação da lei penal¹¹²⁶ –, sem revelar eficácia prática em sede de controle de constitucionalidade de leis penais.

Os princípios penais constitucionais derivam de construção doutrinária há muito tempo consolidada, não havendo sinais de que serão utilizados com maior intensidade em um futuro próximo. As decisões proferidas em sede de controle difuso revelam que o STF tem se negado a reconhecer *status* constitucional aos princípios penais constitucionais – *i.e.*, da lesividade¹¹²⁷ e da *ultima ratio*¹¹²⁸ –, impedindo que se examine a legitimidade do sopesamento legislativo. A falta de clareza sobre o fundamento constitucional desses princípios faz com que as decisões

¹¹²⁴ V. DODARO Giandomenico. La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti. *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, n. 4, p. 2115-2136, 2009.

¹¹²⁵ As referências à teoria do bem jurídico pelo STF ocorrem (i) no julgamento de habeas corpus, ocasião em que o Tribunal não se limita ao exame de questões constitucionais; e (ii) no julgamento de ações penais originárias, quando também não funciona como Tribunal constitucional, mas como juiz de primeira instância em material penal. No julgamento da ADPF 54, integrou o voto do Ministro Relator, Marco Aurélio, o argumento de que não haveria bem jurídico a ser tutelado com a criminalização do aborto de anencéfalo, diante da inexistência de vida possível. A teoria do bem jurídico não foi, entretanto, alçada à categoria de norma constitucional. O STF tem negado reconhecer relevância constitucional à tese da exigência de identificação do bem jurídico como condição de validade da lei penal. V., por todos, RE 1149302, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 28.08.2018. Por outro lado, a jurisprudência do STF registra precedentes no sentido de que a validade da adoção da técnica de criminalização conhecida como “mera conduta” exige a demonstração da potencialidade de ofensa ao bem jurídico: “Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato” (RHC 81057, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 25.05.2004).

¹¹²⁶ É comum a referência a esses princípios nos casos em que se reconhece a atipicidade em razão da insignificância. V. STF, RHC 122464 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 10.06.2014.

¹¹²⁷ V., a propósito da recusa a controlar a constitucionalidade do crime de ingresso em estabelecimento prisional portando celular (art. 349-A do CP) – sob a ótica dos princípios da lesividade, da intervenção mínima e da fragmentariedade –, STF, ARE 1133859, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 13.09.2017. No mesmo sentido, rejeitando a realização de controle de constitucionalidade do crime de radiodifusão clandestina (art. 183 da Lei 9.472/1997) sob o prisma do princípio da lesividade, v. ARE 1037180, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 30.08.2017. Por fim, e na mesma direção, o STF se recusou a realizar o controle de constitucionalidade da tipificação do porte ilegal de munição como crime de perigo abstrato sob a ótica do princípio da lesividade. V., por todos, RE 742781, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 23.04.2013.

¹¹²⁸ V., sobre o não reconhecimento do status constitucional do princípio da *ultima ratio* para verificação da constitucionalidade da criminalização da perturbação do sossego (art. 42, I e III, LCP), STF, RE 1062342, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 21.08.2017.

afirmem a irrelevância constitucional da controvérsia, obstando a efetiva discussão sobre a constitucionalidade da opção legislativa. Nesse contexto, o juízo de proporcionalidade garante que o questionamento à validade da lei penal tenha por base um parâmetro inegavelmente constitucional.

Em segundo lugar, além do amplo consenso acerca do *status* constitucional do princípio da proporcionalidade, a sua utilização no controle da validade das leis penais apresenta outra vantagem: o juízo de proporcionalidade constitui metodologia dominante na jurisprudência comparada para a verificação da legitimidade constitucional das restrições de direitos fundamentais. O elevado grau de integração das Cortes e Tribunais constitucionais e o vertiginoso crescimento da importância da abertura nacional às experiências estrangeiras¹¹²⁹ fazem com que a utilização de uma linguagem comum aperfeiçoe a reflexão científica e dogmática sobre os limites constitucionais do direito penal¹¹³⁰. A semelhança do roteiro argumentativo utilizado por diferentes Cortes e Tribunais constitucionais melhora a capacidade de diálogo entre eles e contribui para o aprendizado recíproco em torno dos problemas comuns.

Em terceiro lugar, o juízo de proporcionalidade funciona como ponto de encontro entre a doutrina penal e a doutrina constitucional. A dogmática penal tem demonstrado ao longo do seu desenvolvimento uma tendência à reflexão autorreferencial. O elevado grau de sofisticação científica de suas categorias decorre da constante e profunda revisão dos seus elementos estruturantes. No entanto, são raros os estudos que procuram conectar as preocupações da *teoria do delito* e da *teoria da pena* às reflexões do direito constitucional. A autonomia do campo da

¹¹²⁹ Têm-se ressaltado, nos últimos anos, as vantagens das teorias dialógicas como vetores prescritivos capazes de aperfeiçoar a jurisdição constitucional. A superioridade normativa das teorias dialógicas foi sintetizada por Rodrigo Brandão nos seguintes termos: “a grande vantagem da teoria dos diálogos constitucionais consiste em reconhecer as falhas e as virtudes de cada ator institucional, confiando que a interação entre eles em um sistema de separação de poderes contribuirá para a construção de um sistema deliberativo melhor” (BRANDÃO, Rodrigo *Supremacia Judicial v. Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2011, p. 288). Esse diálogo se dá não apenas no âmbito doméstico, a partir do intercâmbio de experiências entre os Poderes Legislativo e Executivo com o Tribunal constitucional, mas também das Cortes constitucionais entre si e com os Tribunais internacionais. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento asseveram que atualmente “há uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 451).

¹¹³⁰ Massimo Donini aponta que um dos principais vícios da ciência penal na quadra atual é o “provincianismo nacionalista”, que tem sido lentamente superado com uma progressiva internacionalização do direito penal. V. DONNINI, Maximo: “La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico”. In: ZAPATERO, Luis Arroyo *et al* (coord.). *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio De Siglo*. La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003, p. 29.

ciência penal é importante para o contínuo aperfeiçoamento das suas categorias específicas. O problema reside na falta de estratégias para traduzir esse repertório dogmático altamente sofisticado em soluções concretas que permitam o controle jurisdicional das escolhas legislativas. É nesse contexto que o princípio da proporcionalidade – instrumento metodológico de verificação da legitimidade constitucional de quaisquer limitações de direitos fundamentais – reduz as distâncias entre os campos penal e constitucional. Os modelos metodológicos puramente penais não costumam ser dominados por juízes de Tribunais constitucionais¹¹³¹. O emprego de uma metodologia compartilhada por outros ramos do direito ameniza a dificuldade decorrente da baixa presença de penalistas nas Cortes e Tribunais constitucionais.

Em quarto lugar, a ampla aceitação do princípio da proporcionalidade por parte da jurisprudência do STF constitui importante incentivo para a sua utilização no controle de legitimidade das leis penais. Por isso, as propostas teóricas voltadas a implementar esse controle por meio do juízo da proporcionalidade têm crescido consideravelmente nos últimos anos¹¹³², embora nem sempre acompanhadas de uma metodologia de aplicação adequada¹¹³³. É necessário fugir à tentação de promover uma acumulação desordenada de princípios penais no momento de aplicação do juízo da proporcionalidade. A tentativa de empregar o cânone da proporcionalidade como argumento lateral para dar um verniz constitucional aos princípios clássicos do direito penal tende a reduzir a precisão e a objetividade exigidas do juízo de proporcionalidade.

Em verdade, a tutela dos princípios clássicos do direito penal – também chamados de princípios penais constitucionais – resultará da correta aplicação dos três juízos compreendidos pela proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A maior parte do conteúdo normativo desses princípios desenvolvidos pela ciência penal –

¹¹³¹ Um bom exemplo dessa dificuldade pode ser encontrado na aplicação equivocada da teoria do domínio do fato pelo STF no julgamento da AP 470. V., sobre o tema, LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

¹¹³² V., a propósito, PULITANÒ, Bene giuridico e giustizia costituzionale. In: STILE, A. M. (coord.). *Bene giuridico e riforma dela parte speciale*. Napoli: Jovene, 1985; ROACH, Kent. The Primacy of Liberty and Proportionality, Not Human Dignity, When Subjecting Criminal Law to Constitutional Control. *Israel Law Review*, v. 44, p. 91-113, 2011.

¹¹³³ Uma notável exceção pode ser encontrada na monumental obra de Gloria Lopera Mesa: LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

legalidade, culpabilidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, intervenção mínima, fragmentariedade, pessoalidade, individualização da pena, proporcionalidade e humanidade – é objeto de consideração na aplicação dos subprincípios da proporcionalidade. O Ministro Luís Roberto Barroso afirmou, no exame da constitucionalidade do delito de pederastia (art. 235 do Código Penal Militar), que “*o princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da subsidiariedade, constitui uma projeção do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade na esfera penal, tendo em vista a gravidade das sanções aplicáveis*”¹¹³⁴. Essa assertiva mostra a tendência de extrair do princípio da proporcionalidade as consequências antes esperadas dos princípios da exclusiva proteção dos bens jurídicos, intervenção mínima e fragmentariedade.

Embora não haja coincidência integral – a proporcionalidade não é o resultado da somatória de todos esses princípios –, os principais problemas por eles enfrentados são examinados e levados em conta pelo juízo de proporcionalidade: o uso do direito penal para lidar com questões socialmente irrelevantes, a aplicação de penas excessivas e a criminalização meramente simbólica de condutas que não ofendem bens jurídicos. Esses graves problemas do direito penal contemporâneo podem ser eficazmente superados com a utilização adequada do princípio da proporcionalidade. É que, enquanto o juízo de proporcionalidade oferece um instrumento metodológico, os princípios penais clássicos possuem feição substancial¹¹³⁵. Entretanto, o fato de o juízo de proporcionalidade não oferecer respostas substanciais *a priori* não significa que a sua adoção não produza consequências substanciais para o sistema. Ao contrário, a aparente perda de arsenal argumentativo de controle da lei penal – resultante da substituição de extenso elenco de princípios materiais pela metodologia baseada na proporcionalidade – seria largamente compensada pelo ganho de operatividade e de eficácia desse modelo de fiscalização da validade das escolhas do legislador penal. Não se trata, portanto, de abandonar as conquistas civilizatórias representadas pelos princípios clássicos do direito penal, mas de reconhecer que essas conquistas serão melhor servidas e tuteladas por meio de uma metodologia mais compatível com a *teoria dos direitos fundamentais* e com o atual estado da arte do desenvolvimento da jurisdição constitucional.

¹¹³⁴ STF, ADPF 291, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 28.10/2015.

¹¹³⁵ A circunstância de o princípio da proporcionalidade não possuir conteúdo material próprio não afasta a conclusão de que ele funciona precisamente para apurar a correção substancial das escolhas legislativas. V., a propósito da aproximação germânica da função desempenhada pelo juízo da proporcionalidade, SCACCIA, Gino. *Gli “strumenti” dela raggionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2000.

Em quinto e último lugar, a enorme importância da proporcionalidade no controle da legitimidade das leis penais decorre do seu valor metodológico, para além do fato de que se mostrou o método de controle da legitimidade dos atos do poder público mais amplamente difundido na jurisprudência comparada e nos demais ramos do direito. A teoria do bem jurídico se baseia em um tipo de código binário – existência ou inexistência de um bem jurídico válido – que procura transmitir com clareza a mensagem sobre a legitimidade ou ilegitimidade da opção criminalizadora. O problema da existência de um bem jurídico válido tutelado pela lei penal tem sido resolvido pela dogmática penal por propostas de definição do conceito de bem jurídico. A teoria do bem jurídico teve enorme sucesso ao ditar os termos da discussão sobre a legitimidade dos atos de criminalização, mas não ao produzir resultados práticos substanciais¹¹³⁶. De um lado, todas as forças políticas e sociais que debatem a legitimidade das leis penais são obrigadas a revisitar a categoria do bem jurídico¹¹³⁷; de outro, essa categoria foi capturada e reconfigurada estrategicamente pelos atores que promovem a expansão contínua da repressão criminal¹¹³⁸.

A categoria do bem jurídico se transformou ao longo dos anos em um rótulo tranquilizador afixado a todo tipo de interesse, valor ou função. Na feliz expressão de Fiandaca, o bem jurídico se revelou um “lobo vestido de cordeiro”, mais idôneo à expansão do que ao estreitamento do poder punitivo estatal¹¹³⁹. Isso não quer dizer que a categoria do bem jurídico deva ser abandonada. É necessário reconectá-la com a sua característica original de instrumento de limitação do poder punitivo e, portanto, de garantia da pessoa humana. Como será demonstrado, o debate sobre o bem jurídico integra o juízo de adequação pelo qual a norma primária do tipo penal deve passar para ser considerada válida. Contudo, a *teoria do bem jurídico*, empregada de maneira isolada, não se mostrou capaz de fornecer instrumental metodológico para o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis penais.

¹¹³⁶ V., sobre o tema, BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria pessoal do bem jurídico no direito penal contemporâneo. *Revista Liberdades*, n. 1, jan./abr. 2009.

¹¹³⁷ V., sobre a tema, a clássica obra de Roxin: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹¹³⁸ V., sobre a problemática no Brasil, BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Delitos sem bens jurídicos. *Boletim IBCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 181, p. 4-5, dez. 2007; GRECO, Luis. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul.-ago, 2004, São Paulo.

¹¹³⁹ FIANDACA Giovanni. L’offensività è un principio codificabile? *Il Foro italiano*, v. 124, n. 1, 2001, p. 1.

O juízo de proporcionalidade dispõe de melhores condições para reintroduzir a questão do bem jurídico no controle de constitucionalidade, além de permitir que a sua importância para o ordenamento jurídico possa ser sopesada em face da intensidade das restrições de direitos fundamentais impostas pela lei penal. Portanto, propõe-se substituir o caminho metodológico baseado em distinções binárias abstratas *a priori* – *e.g.*, existência ou inexistência de bem jurídico tutelável e admissibilidade ou inadmissibilidade dos delitos de perigo abstrato – por uma metodologia que possibilite o exame, no caso concreto, do sopesamento realizado pelo legislador. Nesse momento, a importância dos interesses contrapostos, o grau de restrição de cada um deles, a probabilidade dessa restrição, a efetividade da norma incriminadora, a efetividade e os custos dos meios alternativos são elementos argumentativos examinados de forma transparente no juízo de proporcionalidade.

6.3 Casos difíceis no controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil

Os *casos fáceis* no controle de constitucionalidade de leis penais são raríssimos¹¹⁴⁰. Para que um caso seja considerado fácil, é necessário que a norma legislativa contenha uma contradição flagrante a uma norma constitucional diretamente estatuída e também que não haja qualquer razão, princípio ou fundamento constitucional que ofereça suporte *prima facie* para a lei questionada. A solução desse tipo de controvérsia se resolve por meio da simples confrontação entre uma norma constitucional e a lei penal. O *caso fácil* permite, assim, que o intérprete realize um raciocínio silogístico limitado à contraposição entre a norma controlada e o parâmetro de controle. Sempre que essa *fundamentação interna* não seja suficiente para sanar todas as incertezas e imprecisões, será necessário acionar uma fundamentação adicional. E é justamente esse esforço argumentativo *extra* que caracteriza o *caso difícil*, no qual não aparece

¹¹⁴⁰ Dois crimes revogados pela Lei 11.106/2005 eram claramente inconstitucionais. Nenhum deles ofereceria qualquer princípio constitucional contraposto àqueles restringidos pelas normas penais. São eles os crimes de Adultério (art. 240: Cometer adultério: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses) e de Sedução (art. 217: Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena – reclusão de dois a quatro anos). Luiza Nagib Eluf expôs com clareza a falta de bem jurídico tutelável pelo tipo de sedução: “O art. 217 do CP, da forma como está redigido, não protege a mulher de malefício algum, apenas reforça o escabroso entendimento de que às mulheres o sexo é coisa proibida, um fator de decadência, uma inabilitação para o casamento, uma perda de qualidade irreparável, uma condenação imediata à prostituição, um horror à sua reputação e uma vergonha para a família (principalmente para o pai da moça)” (ELUF, Luiza Nagib. O crime de sedução é inconstitucional. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2227-O-crime-de-seducacao-e-inconstitucional>. Acesso em: 16 nov. 2018.

claro *a priori* se a lei que se controla é compatível ou incompatível com a norma de direito fundamental¹¹⁴¹.

Em verdade, a quase totalidade das controvérsias sobre a constitucionalidade de leis penais consubstanciam *casos difíceis*, na medida em que neles se identificam princípios constitucionais que militam a favor e contra as opções legislativas¹¹⁴². Para resolver esse tipo de colisão entre princípios é que o Tribunal constitucional emprega a estrutura argumentativa conhecida como princípio da proporcionalidade. O problema é que, muitas vezes, busca-se resolver *casos difíceis* por meio de fundamentação utilizada para solucionar *casos fáceis*. Nesses casos, os juízos complexos – equiparados aos subprincípios da proporcionalidade – ficam escondidos (são realizados de forma não expressa), sendo veiculados sob a forma de raciocínios aparentemente subsuntivos. Isso tem ocorrido com frequência nas decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade de leis penais.

Ao reconhecer a inconstitucionalidade da vedação à concessão da liberdade provisória para crimes hediondos, por exemplo, o STF sustentou que essa opção legislativa violava os princípios da presunção de inocência e da individualização da pena. Esse percurso argumentativo suporia a violação frontal ou evidente desses princípios constitucionais e a

¹¹⁴¹ PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 172-186.

¹¹⁴² Sobre os conceitos de casos fáceis e casos difíceis, v., por todos, PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 147. No Brasil, Luís Roberto Barroso também adota a diferença qualitativa entre casos fáceis e difíceis: “Casos fáceis são aqueles para os quais existe uma solução pré-pronta no direito positivo. (...) Há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São os casos difíceis. Há três grandes situações geradoras de casos difíceis: “A. Ambiguidade da linguagem. O direito se socorre de termos que têm múltiplos significados ou que por serem indeterminados somente podem ser definidos à luz do caso concreto. (...) B. Desacordos morais razoáveis. No mundo contemporâneo, nas sociedades plurais e complexas em que nós vivemos, pessoas esclarecidas e bem-intencionadas pensam de maneira diferente acerca de temas moralmente controvertidos. (...) C. Tensões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais. A Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos. (...) Não é possível chegar-se a uma solução para estas situações pelos métodos tradicionais de interpretação. Há mais de uma solução possível e, em princípio, razoável disputando a escolha do intérprete. Neste admirável mundo novo da interpretação constitucional foram desenvolvidas ou refinadas diversas categorias jurídicas novas, que incluem: (i) o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras; (ii) o equacionamento do fenômeno das colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais; (iii) a ponderação como técnica de solução desses conflitos, superando as limitações do raciocínio puramente subsuntivo; e (iv) a reabilitação da argumentação jurídica, da razão prática, como fundamento de legitimação de decisões judiciais que não se sustentam na lógica tradicional da separação de Poderes, por envolverem uma parcela de criatividade judicial” (BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

completa ausência de qualquer princípio constitucional como fundamento da lei questionada¹¹⁴³. Ocorre que não se poderia afirmar simplesmente que a lei não se subsumiria a esses princípios como fundamento para a declaração da sua inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade da lei decorre da violação aos subprincípios da necessidade – a medida alternativa consistente em tornar a prisão preventiva uma faculdade à disposição do juiz no caso concreto oferece o mesmo grau de proteção aos bem jurídicos tutelados com menor onerosidade para os direitos fundamentais do acusado – e da proporcionalidade em sentido estrito – a restrição aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da liberdade de locomoção não é compensada pela realização em mesmo grau da proteção aos bens jurídicos tutelados –, e não de simples incompatibilidade entre a opção legislativa e os princípios da presunção de inocência e da individualização da pena.

A decisão do STF de reconhecer a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena de prisão por restritiva de liberdade para o crime de tráfico de drogas também não poderia ser resolvido apenas com base no método subsuntivo. Além de não haver ofensa incontestável à liberdade judicial para fixação da pena, há outros fundamentos constitucionais que fundamentariam *prima facie* a opção legislativa – *e.g.*, o tratamento mais severo ao crime de tráfico dado pela Constituição e a importância do bem jurídico tutelado. A pretensão de justificar a declaração de inconstitucionalidade da lei com base na suposta violação ao princípio da individualização da pena não se mostrava compatível com a existência de um *caso difícil*. Novamente nessa situação, a inconstitucionalidade da opção legislativa não se fundava diretamente na violação chapada ao princípio da individualização da pena, mas na violação ao princípio da proporcionalidade. Primeiramente, a lei não passava pelo teste da necessidade, na medida em que o próprio legislador atribuiu pena mínima reduzida, de apenas um ano e oito meses, para o pequeno traficante de pequenas quantidades de drogas. Além disso, a norma não era proporcional em sentido estrito, em razão da restrição excessiva aos princípios da culpabilidade, da individualização da pena e da própria liberdade de locomoção, não compensada pela realização em grau equivalente da tutela do bem jurídico.

¹¹⁴³ V., sobre a impossibilidade de transposição do sistema de aplicação de regras a esses casos difíceis, DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 72 e 127-128.

Nenhuma das decisões, analisadas no Capítulo 4, que afirmaram a inconstitucionalidade da imposição legal de regime integralmente fechado para os crimes hediondos¹¹⁴⁴, da imposição legal obrigatória de regime inicialmente fechado para crimes hediondos¹¹⁴⁵, da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas¹¹⁴⁶, da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo¹¹⁴⁷ e da proibição de concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e de tráfico de drogas¹¹⁴⁸ pode ser classificada como um *caso fácil*. Em todos esses casos, havia um conflito entre argumentos constitucionais que jogavam a favor e contra a declaração de inconstitucionalidade da lei examinada. Esse tipo de conflito exige uma fundamentação rigorosa e exaustiva, na qual o Tribunal constitucional deve levar em consideração todos os princípios constitucionais contrapostos e decidir, por meio de uma metodologia transparente, quais devem prevalecer no caso concreto.

A tentativa de encontrar uma solução para esses casos indiscutivelmente difíceis por meio da simples assertiva de que a regra legal contraria um aspecto relevante de um princípio constitucional demonstra, de um lado, baixo grau de *sinceridade argumentativa*, pois tende a esconder a atribuição de pesos aos direitos e interesses em jogo sob a roupagem de uma aparente *subsunção*. De outro lado, há uma falta de clareza, transparência e objetividade da argumentação, na medida em que não se identifica um método generalizável de solução desse tipo de controvérsia constitucional. Por isso, nesse conjunto de decisões, o STF, ao resolver *casos difíceis* como se fossem *casos fáceis*, não levou em consideração todos os princípios constitucionais que militavam a favor e contra a constitucionalidade das leis, invalidando decisões legislativas com base em fundamentação deficiente¹¹⁴⁹.

É difícil explicar, sem recorrer ao juízo de proporcionalidade, a razão pela qual a lei que impede a substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direito para o delito de tráfico viola o princípio da individualização da pena e a vedação à substituição para condenados

¹¹⁴⁴ STF, HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 23.02.2006.

¹¹⁴⁵ STF, HC 111840, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 27.06.2012.

¹¹⁴⁶ STF, HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 01.09.2010.

¹¹⁴⁷ STF, HC 118533, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 23.06.2016.

¹¹⁴⁸ STF, HC 104339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.05.2012.

¹¹⁴⁹ PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 185.

a pena superior a quatro anos é compatível com o mesmo princípio. A mesma dificuldade existe ao se pretender elucidar o motivo pelo qual o estabelecimento do regime inicial fechado para crimes hediondos viola o princípio da individualização da pena e a fixação do mesmo regime de forma obrigatória para condenações superiores a oito anos de reclusão é compatível com o mesmo princípio. A dimensão de peso que determina resultados diferentes nos dois casos não deve ser camuflada por um argumento *a priori* de que no primeiro caso o juiz perde aquele espaço mínimo reservado pela Constituição à dosagem da pena e no segundo caso esse espaço é preservado. Essa dimensão de peso deve ser exposta e analiticamente justificada pelo Tribunal constitucional, o que se mostra possível por meio do uso do juízo da proporcionalidade.

O fato de se chegar, em certos casos, ao mesmo resultado por um ou por outro caminho não torna a crítica menos relevante. A declaração de inconstitucionalidade da lei penal, quando baseada em sólida argumentação e em segura metodologia, confere maior legitimidade à decisão – por elevar a transparência e controlabilidade dos seus fundamentos – e permite um desenvolvimento mais duradouro da jurisprudência nesse campo. A progressiva constitucionalização de que carece o direito penal brasileiro exige intervenções jurisdicionais, em especial do STF, amplamente fundamentadas e baseadas em parâmetros aptos a serem reproduzidos em casos semelhantes. A fragilidade da fundamentação das decisões do Supremo que declararam a inconstitucionalidade de leis penais nos últimos anos dificulta a tomada de novas decisões sobre temas de grande relevância e impede a formação de uma consciência jurídica mais sólida nos atores políticos a respeito dos limites constitucionais à expansão do poder punitivo.

A maior parte dos casos de controle de constitucionalidade de leis penais enfrentados pelo STF nos últimos anos envolvia um conflito entre uma regra legal restritiva de direitos fundamentais e um princípio constitucional contraposto. Um primeiro exemplo pode ajudar a explorar o percurso jurisprudencial: a regra de cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados por crime hediondos entrava em rota de colisão *prima facie* com o princípio da individualização da pena. Em um primeiro momento, a jurisprudência do STF trilhou o caminho da deferência absoluta ao legislador. Para isso, adotou a concepção de que não haveria propriamente um conflito entre a regra e o princípio. A regra funcionaria como uma restrição ao princípio. Nesse caso, contudo, a regra teria uma prevalência absoluta sobre o princípio. Esse entendimento é, porém, insustentável, pois traria como resultado a impossibilidade de uma restrição a um princípio constitucional imposta por uma regra ser

considerada inválida. Esse raciocínio inviabilizaria o exercício da jurisdição constitucional e anularia o conteúdo normativo dos princípios.

Em momento seguinte, como visto, o STF abandonou a tese de que não haveria conflito entre a regra (vedação à progressão de regime para condenados por crimes hediondos) e o princípio da individualização da pena. A partir do reconhecimento desse conflito, saltou para a declaração da inconstitucionalidade da regra com base na sua colisão com o princípio da individualização da pena. Nesse caso, o STF parece ter transitado de uma postura de negar o conteúdo jurídico do princípio da individualização da pena para outra, diametralmente oposta, tendente a encarar esse princípio como uma regra. Ao afirmar que o legislador não poderia se substituir ao juiz na fixação do regime prisional, o STF pretendeu construir a tese de que a regra seria inválida por não se subsumir ao conteúdo do princípio. Esse mecanismo argumentativo, que opera em um plano abstrato – e não diante das circunstâncias do caso concreto – não é compatível com a estrutura do princípio, que impõe a sua realização é determinada pelas possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

O conflito entre a regra legal e um princípio constitucional não é suficiente para a invalidação da regra pelo Tribunal constitucional. Não basta, por exemplo, afirmar que a regra que estabelece o regime inicial fechado para condenados por tráfico de drogas afronta o princípio da individualização da pena. A identificação desse conflito – entre regra e princípio – é apenas o passo inicial do percurso argumentativo a ser trilhado. A regra legal deve ser submetida ao juízo de proporcionalidade em sua tríplice dimensão e apenas quando a regra for desproporcional é que o princípio contraposto prevalecerá no caso concreto¹¹⁵⁰. A prevalência *prima facie* das regras sobre os princípios colidentes pode ceder e não se converter em prevalência definitiva quando a própria regra padecer de vício de inconstitucionalidade. É preciso evitar o equívoco de tratar o conflito entre regra e princípio da mesma forma que se trata o conflito entre duas regras ou o conflito entre dois princípios¹¹⁵¹.

¹¹⁵⁰ Virgílio Afonso da Silva defende a ideia de que, em regra, não se pode falar em colisão entre regra e princípio, pois a regra é produto do sopesamento do legislador. Para ele, a regra pode ser entendida como uma restrição imposta pelo legislador ao princípio. Esse quadro fica mais complexo, contudo, quando há dúvida a respeito da constitucionalidade da regra. Aqui é entra em jogo o princípio da proporcionalidade, instrumento amplamente aceito para averiguar a constitucionalidade da regra que restringe direitos fundamentais. V. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.

¹¹⁵¹ V. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

No controle de constitucionalidade de leis penais, a alta frequência com que ocorrem conflitos entre regras legais restritivas de direitos fundamentais e princípios constitucionais recomenda que o intérprete fuja à tentação de enfrentar essas colisões por meio de raciocínios meramente subsuntivos aplicáveis ao conflito entre regras e também ao método do sopesamento aplicável ao conflito entre princípios. Tratar o princípio constitucional como regra da qual se podem extrair resultados *a priori* sobre o conteúdo definitivo das leis implica desconsiderar o espaço de conformação conferido ao legislador. O mesmo acontece quando se equipara a regra ao princípio que a fundamenta para possibilitar um sopesamento entre esse princípio que está na base da formulação da regra e o princípio contraposto. Não se pode desprezar a possibilidade de colisão real entre regra penal e princípio constitucional. Esse conflito, porém, não pode ser resolvido nem pela degeneração da regra em princípio e nem pela negação da natureza de mandado de otimização do princípio. A colisão entre uma regra legal restritiva de direito fundamental no campo penal e um princípio constitucional deve ser encarada como um *caso difícil*, gerando a necessidade de submeter a regra ao escrutínio da proporcionalidade, já que não há como afirmar *a priori* a prevalência definitiva da regra ou do princípio.

No contexto brasileiro, em que a Constituição é levada a sério, os *casos fáceis* no controle de constitucionalidade de leis penais são cada vez mais raros. A imensa maioria das controvérsias sobre a constitucionalidade de leis penais revela a existência de *casos difíceis*¹¹⁵². A solução desses casos exige a adoção de uma metodologia adequada para enfrentar colisões complexas entre princípios constitucionais. Não basta, como tem ocorrido com frequência na jurisprudência do STF, afirmar que a regra legal contraria o conteúdo normativo de um princípio constitucional. Essa estrutura argumentativa só é cabível para a solução de *casos fáceis*. É necessário submeter essa regra ao escrutínio da proporcionalidade e verificar se a restrição de direitos fundamentais imposta pela lei penal é válida. Reconhecer que o controle de constitucionalidade de leis penais envolve, quase sempre, a solução de um *caso difícil* significa aceitar a necessidade de aperfeiçoar o arsenal argumentativo necessário para a declaração de inconstitucionalidade da opção legislativa. Para tanto, é necessário examinar as peculiaridades que a essa estrutura argumentativa apresenta quando se aplica ao controle de constitucionalidade desse tipo específico de restrição de direitos fundamentais consubstanciado na definição legislativa dos delitos e das penas.

¹¹⁵² Até porque, como defendeu Bernal Pulido, sempre que existam dúvidas sobre se um caso é fácil ou difícil, ele deve ser tratado como difícil. V. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 184.

6.4 Pressupostos para a aplicação do princípio da proporcionalidade: a colisão entre princípios constitucionais e a legitimidade constitucional do fim perseguido pela medida penal

Toda vez que a lei penal contar com pelo menos um princípio que forneça *prima facie* proteção à opção legislativa será necessário acionar o princípio da proporcionalidade para verificar se a restrição de direitos fundamentais imposta pela regra legal (i) persegue um fim constitucionalmente legítimo, (ii) constitui um meio idôneo para alcançá-lo, (iii) é necessária, por não existir outro meio menos lesivo e igualmente apto a alcançar a mesma finalidade, e (iv) está fundada em relação proporcional entre os sacrifícios e os benefícios que obtidos com a medida legislativa¹¹⁵³. Essa estrutura de argumentação condensa exigências básicas de racionalidade na relação entre meios e fins e consolida critérios de justificação da atividade estatal próximos a uma ética consequencialista¹¹⁵⁴.

Também já se disse que, embora a estrutura argumentativa estabelecida pelo juízo de proporcionalidade não seja a única existente para enfrentar as colisões entre princípios constitucionais¹¹⁵⁵ – ou, como mais comumente ocorre no campo penal, entre direitos

¹¹⁵³ Na síntese proposta por Bernal Pulido, uma medida é adequada se contribui à consecução da finalidade por ela perseguida (subprincípio da idoneidade); é necessária se não existirem meios menos invasivos para realizar a mesma finalidade; e é proporcional em sentido estrito se a liberdade que se protege com a intervenção não se mostrar inferior àquela que se sacrifica (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007).

¹¹⁵⁴ *Id.*.

¹¹⁵⁵ Como sintetizou Alexandre Araújo Costa, tornou-se bastante difundido, por exemplo, o pensamento de Viehweg, que propôs uma renovação do debate sobre argumentação jurídica baseado no raciocínio tópico: “Com isso, Viehweg propõe uma renovação na descrição da argumentação jurídica. O jurista parte sempre de uma questão jurídica, que a ele se afigura como problema, na medida em que ele se propõe a oferecer-lhe uma solução. Mas essa solução não está predeterminada em um sistema definido e, portanto, não se pode alcançá-la mediante um raciocínio dedutivo. Para que isso fosse possível, era necessário que as premissas do sistema fossem previamente estabelecidas, mas ocorre que esse sistema ideal simplesmente não existe, de tal forma que é preciso um raciocínio tópico, que opera basicamente com a definição das premissas que serão utilizadas na argumentação. Então, frente a um problema interpretativo (como a questão do aborto de anencéfalos, por exemplo), o jurista é colocado em face de um grande repertório de topoi (pontos de vista) que lhe são oferecidos pela tradição em que ele se encontra imerso. A existência do direito à vida e do direito à dignidade, a idéia de tensão entre direitos, o juízo de ponderação, os direitos naturais, as relações sistemáticas, cada um desses elementos pode ser re combinado para a formação de argumentações admissíveis. Uma vez identificado os topoi, é possível uma reelaboração lógico-sistemática, que construa com ele uma argumentação sólida. Porém, a escolha dos topoi é valorativa e, como já foi estabelecido na aporia kelseniana, escapa de toda tentativa de metodologização”. Essa construção de Viehweg recebeu novos impulsos mais recentemente, como também afirmou Alexandre Araújo Costa: “As construções de Viehweg constituem apenas um primeiro passo na construção de uma teoria tópica, pois limitaram-se a uma tentativa de delimitar as relações entre tópica e sistemática no raciocínio jurídico, esclarecendo em que medida a sistematização do pensamento jurídico não passa de um ideal inacabado e provavelmente inacabável. Efetivamente, uma teoria retórica da argumentação estava apenas no seu início, e vários foram os juristas que

fundamentais e outros princípios constitucionais –, ela é a que se mostrou mais convincente no atual estágio de desenvolvimento da *teoria dos princípios*. Além de vincular de maneira satisfatória a teoria da argumentação jurídica com a hermenêutica constitucional, o juízo de proporcionalidade dota de maior racionalidade as decisões dos Tribunais constitucionais. Mesmo sem eliminar integralmente a discricionariedade da interpretação jurídica – o que seria impossível¹¹⁵⁶ –, a aplicação da proporcionalidade torna explícitas as valorações que o intérprete produz no processo de argumentação e viabiliza o controle intersubjetivo da atribuição de pesos às normas em jogo. Essas vantagens são suficientes para manter a aposta na capacidade que a proporcionalidade tem para fundamentar decisões em *casos difíceis*¹¹⁵⁷.

Os *casos difíceis* de controle de constitucionalidade de leis penais devem ser resolvidos com a utilização do juízo da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. De acordo com Gloria Mesa, a submissão das leis penais ao princípio da proporcionalidade produz, em síntese, os seguintes resultados: (i) a exigência de que as proibições e penas persigam um fim legítimo e que sejam idôneas para contribuir à sua consecução; (ii) a exigência de que não exista outro meio menos gravoso e igualmente eficaz para alcançar os fins de proteção; e (iii) a exigência de que os benefícios que derivam da lei penal, desde a perspectiva da proteção ao bem jurídico, superem os custos que a lei representa para os direitos fundamentais restringidos (tanto pela proibição contida na norma de conduta como pela sanção)¹¹⁵⁸.

Para quem adota a subdivisão do juízo de proporcionalidade em três segmentos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, é necessário fixar dois pressupostos à sua aplicação ao controle de leis penais: (i) a verificação da colisão entre princípios constitucionais no caso concreto e (ii) o exame da legitimidade constitucional do fim perseguido pela medida penal. Primeiro é preciso determinar quais são os direitos fundamentais

caminharam nessa direção. O principal deles foi Chaïm Perelman, que, auxiliado por Lucie Olbrechts-Tyteca, empreendeu entre 1947 e 1958 um esforço de sistematização das formas de argumentação que gerou o Tratado da Argumentação: a nova retórica. Essa obra marca uma drástica mudança de perspectiva do próprio Perelman, que reflete o esgotamento do cientificismo que inspirou os juristas ligados ao neopositivismo lógico” (COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método : diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 360-362).

¹¹⁵⁶ Pelo menos desde a teoria do direito de Kelsen, é amplamente aceito o papel inerentemente criativo e político dos juízes. V. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 1a versão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2a ed., 2002.

¹¹⁵⁷ LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y ley penal. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

¹¹⁵⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y ley penal. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 233.

prima facie afetados pela lei penal¹¹⁵⁹, tanto por meio da proibição contida na norma de conduta, como mediante a definição da classe e quantia da pena estabelecida na norma de sanção. Em caráter adicional, deve-se reconhecer que toda sanção penal possui uma conotação estigmatizante diferente daquela incorporada por sanções de outros ramos do direito. A aplicação da pena criminal carrega um juízo de reprovação ética que se traduz em inegável afetação da honra da pessoa que a recebe. Nessa primeira fase, identificam-se, portanto, os direitos fundamentais restringidos¹¹⁶⁰ – que funcionam como princípios *prima facie* contra a constitucionalidade da lei – e as finalidades de tutela perseguidas pelo legislador – que operam como princípios *prima facie* a favor da sua constitucionalidade¹¹⁶¹.

Esses dois pressupostos exigidos para uma aplicação correta do princípio da proporcionalidade às leis penais devem ser melhor explorados. Os três juízos que compõem o princípio da proporcionalidade só podem ser bem formulados e precisamente fundamentados se esses dois passos prévios tiverem sido realizados com correção. Para submeter a lei penal ao filtro da proporcionalidade, é necessário identificar as razões *prima facie* que jogam contra a constitucionalidade da lei e as razões *prima facie* que jogam a favor da constitucionalidade da lei. Essa metodologia permitirá a formação do arquétipo argumentativo que servirá de base para a aplicação de cada um dos juízos que integram a proporcionalidade.

6.4.1 A colisão entre princípios constitucionais: as restrições aos direitos fundamentais impostas pela lei penal

A aplicação do princípio da proporcionalidade ao controle de constitucionalidade das leis demanda a definição dos termos da colisão entre princípios constitucionais. Em geral, quando a lei penal é submetida ao princípio da proporcionalidade, costuma-se reconhecer uma

¹¹⁵⁹ Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “(...) o que é protegido *prima facie* por esse direito [fundamental]? Essa pergunta deve ser respondida da seguinte forma: toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis.” (SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006, p. 34-35).

¹¹⁶⁰ Como afirma Gloria Mesa, devem-se incluir no conjunto de razões normativas que militam contra a lei as afetações negativas que se produzem como efeito colateral ou secundário de uma regulamentação legal, desde que elas apareçam como ameaças cuja realização apresente razoável probabilidade de ocorrer. V. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 266-267.

¹¹⁶¹ *Ibid.*, p. 263-264.

colisão entre o direito restringido pela pena cominada ao delito e o bem jurídico tutelado pela lei penal¹¹⁶². A restrição dos direitos fundamentais considerada por esse raciocínio se limita ao direito principal restringido pela norma de sanção: nas leis penais que estabelecem pena de reclusão como sanção para a prática da conduta proibida, identifica-se como restringido o direito à liberdade de locomoção na intensidade prevista pelo preceito secundário da lei. Essa formulação é, porém, incompleta e impede que se reconheça a ampla gama de direitos fundamentais restringidos pela lei penal. Tal equívoco impacta negativamente a aplicação do juízo da proporcionalidade em sentido estrito, pois enfraquece um dos lados da equação formulada no momento do sopesamento, desconsiderando o direito fundamental restringido pela norma de conduta e outros direitos fundamentais restringidos de forma secundária pela norma de sanção.

A definição do tipo penal incriminador estabelece proibições que restringem a liberdade individual. Essa restrição pode ser traduzida em limitação ao exercício de um direito fundamental específico ou apenas do direito geral de liberdade. A título ilustrativo, o crime de difamação restringe o direito à liberdade de expressão e o crime de obstrução de justiça determina restrição ao direito a não se declarar culpado. Nesses casos, a proibição da prática de certas condutas está inserida no âmbito de proteção *prima facie* de direitos fundamentais individualizados. Já nos crimes de homicídio e lesão corporal, não é possível identificar, mesmo adotando uma visão ampliativa do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, qualquer direito fundamental específico que proteja a realização das condutas proibidas pela lei penal. Nessas situações, o direito fundamental restringido é a liberdade geral de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa. Apesar da crítica à banalização dos direitos fundamentais que o reconhecimento de um direito geral de liberdade poderia produzir, a maior vantagem do seu acolhimento está em garantir que toda medida estatal que imponha ou proíba condutas às pessoas seja justificada e passível de controle por meio do princípio da proporcionalidade¹¹⁶³.

¹¹⁶² V., defendendo a ideia de que os benefícios que resultam da proteção penal a partir da perspectiva do bem jurídico devem compensar os custos que necessariamente derivam do castigo, PRIETO SANCHÍS, Luis, *La limitación constitucional del legislador penal*. In: _____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 261-298.

¹¹⁶³ Como afirmou Daniel Sarmiento, “um argumento importante em favor do reconhecimento de um direito geral de liberdade diz respeito à exigência de racionalização de toda e qualquer medida que vede ou imponha condutas às pessoas. Em razão deste reconhecimento, as medidas restritivas devem não apenas estar previstas em lei (art. 5º, inciso II, CF). É preciso também que haja razões legítimas que justifiquem esta restrição, que passem no teste da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão: persigam fim legítimo e contribuam para a sua realização (subprincípio da adequação); não haja meios alternativos mais brandos para alcançar o mesmo fim (subprincípio da necessidade); e a promoção do objetivo almejado compense o ônus imposto à liberdade (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito). Tais parâmetros viabilizam o controle intersubjetivo de qualquer medida

A adoção de uma concepção ampla do âmbito de proteção dos direitos fundamentais – inclusive por meio do reconhecimento de um direito geral de liberdade – revela uma atitude metodológica necessária para evitar uma certa tendência inercial em relação às proibições penais, com o risco de que as restrições à liberdade que se produzem mediante a definição dos tipos penais sejam reconhecidas e justificadas como tais só porque servem para garantir a segurança ou para proteger outras liberdades entendidas como mais importantes¹¹⁶⁴. Um esquema argumentativo tão simples como esse permitiria afirmar, de modo geral, a prevalência de interesses coletivos sobre os direitos fundamentais, o que contrariaria os fundamentos do *constitucionalismo* e do Estado de direito¹¹⁶⁵.

A identificação dos direitos fundamentais restringidos pela lei penal – princípios que *prima facie* se apresentam contra a constitucionalidade da lei – consubstancia um juízo de singular complexidade. Como afirma Gloria Mesa, a decisão legislativa de proibir determinado comportamento sob ameaça de uma pena produz a afetação de diversas posições de direito fundamental (caráter pluriofensivo), que devem ser consideradas separadamente. Dessa forma, deve ser identificado, em primeiro lugar, o direito fundamental afetado pela proibição contida na norma de conduta (tipo penal)¹¹⁶⁶. Esse passo argumentativo tende a ser ignorado no exame da proporcionalidade de leis penais, seja porque há um importante núcleo clássico do direito penal – *e.g.*, crimes contra a vida, integridade física e liberdade sexual – que não restringe direitos fundamentais específicos, mas apenas um direito geral de liberdade, seja porque o reconhecimento do caráter ilícito da conduta incriminada costuma obscurecer a circunstância de que a criminalização – que sempre opera sobre conduta ilícita – pode implicar restrição de um ou mais direitos fundamentais.

que afete a liberdade, demandando fundamentação suficiente para qualquer restrição” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Tese (Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 158).

¹¹⁶⁴ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 297.

¹¹⁶⁵ V., sobre o tema, SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus intereses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹¹⁶⁶ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 278 e s.

Isso fica mais claro, por exemplo, nos casos em que a criminalização, em sua norma de conduta, restringe direitos fundamentais preferenciais como a liberdade de expressão. A criação do tipo penal de difamação produz uma restrição importante do direito fundamental à liberdade de expressão. O delito de desacato, do mesmo modo, impõe relevante restrição à liberdade de expressão, ao limitar a possibilidade de crítica aos funcionários públicos¹¹⁶⁷. A recente proposta legislativa de ampliação do âmbito de incidência do delito de terrorismo – nele incluindo a prática de delitos patrimoniais – restringiria os direitos à liberdade de associação, de reunião e de expressão¹¹⁶⁸. O aspecto relativo à restrição aos direitos fundamentais imposta pela própria norma de conduta assume, nesses casos, destacada importância no controle de legitimidade da lei penal.

Em seguida, depois de identificar o direito fundamental restringido pela norma de conduta, devem ser identificados os direitos fundamentais restringidos pela norma de sanção, momento em que devem ser considerados: (i) os direitos fundamentais afetados pela classe da pena – a liberdade, no caso da pena privativa de liberdade, a propriedade, no caso da pena de multa; (ii) os direitos fundamentais que sejam necessariamente afetados como consequência do regime jurídico da execução da pena – no caso da pena prisão, são afetados, por exemplo, o

¹¹⁶⁷ Essa ênfase na restrição desproporcional do direito à liberdade de expressão foi reconhecida pelo STJ em sede de controle de convencionalidade: “[...] 10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário. 11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. 12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. 13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. 14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato. 15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público. [...]” (REsp 1640084/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 15.12.2016. Apesar da correção desse entendimento, a 2ª Turma do STF, por maioria, reconheceu a compatibilidade do delito com a Constituição e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. V. HC 141949, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 13.03.2018).

¹¹⁶⁸ Tramitam no Congresso os projetos de lei 5.065/16, 9.604/18 e 9.858/18, os quais teriam por objetivo, por meio de diferentes estratégias legislativas, excluir da Lei nº 13.260/2016 o seu atual § 2º do art. 2º – ou reduzir drasticamente seu campo de incidência –, a fim de possibilitar a criminalização da articulação de movimentações sociais, especialmente aqueles que envolvam a ocupação de imóveis urbanos ou rurais. O objetivo mediato dessas proposições legislativas seria o de permitir a caracterização dos atos de manifestação realizados pelo MTST e pelo MST como crime de terrorismo.

direito à liberdade para eleger residência, o direito ao integral desenvolvimento da personalidade (pela limitação ao direito de organizar e dispor do próprio tempo), o direito à intimidade pessoal e familiar, o direito ao segredo das comunicações, o direito de receber informações, o direito de propriedade (em razão da limitação ao uso dos seus próprios bens) e o direito de reunião e associação; (iii) os direitos fundamentais cuja restrição seja uma consequência provável da aplicação da pena – no caso da prisão, há razoável probabilidade de que, no contexto brasileiro, os direitos ao trabalho, à saúde física e mental e à manutenção dos vínculos familiares e sociais sejam afetados em caráter geral; e, por fim, (iv) o direito à honra afetado pela aplicação da sanção penal, em razão do seu efeito estigmatizador, que dificulta a aceitação social do condenado e seu reconhecimento como igual por outras pessoas¹¹⁶⁹.

A tarefa de identificar com maior precisão os direitos fundamentais restringidos pela lei penal é fundamental para aperfeiçoar o controle da constitucionalidade que incide sobre ela. As dificuldades nesse campo são conhecidas. Em *primeiro lugar*, a quantidade de direitos fundamentais restringidos pela pena de prisão é tão grande que se chega a afirmar que a prisão afeta em alguma medida todos os direitos fundamentais do apenado. Essa afirmação é tendencialmente verdadeira, mas não impede a tentativa de especificar os direitos fundamentais que são restringidos de forma mais relevante, a fim de traçar um quadro mais completo de todas as limitações aos direitos fundamentais resultantes da lei penal.

Em *segundo lugar*, a identificação dos direitos fundamentais restringidos depende da verificação do modo real de execução da pena, e não apenas da análise do quadro normativo vigente. Se a pena fosse cumprida nas condições previstas na lei e exigidas pela Constituição, não se poderia cogitar, por exemplo, da restrição do direito à saúde ou ao trabalho. Entretanto, diante da extensão da violação a esses direitos no sistema penitenciário brasileiro, tais restrições assumem caráter geral, em razão da alta probabilidade de que o apenado não tenha acesso adequado ao sistema de proteção à saúde e também a postos de trabalho no curso da execução da pena. As violações pontuais a certos direitos por autoridades penitenciárias – quando não tenham caráter geral – devem ser levadas em conta pelo juiz da execução para eventual desconto na pena, como será mais a frente esclarecido.

¹¹⁶⁹ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 297-308 e 321-322.

De qualquer forma, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade da lei penal somente se pode levar em conta, na identificação dos direitos fundamentais restringidos, aqueles cuja limitação seja razoavelmente provável. No Brasil, o STF, ao declarar que o sistema prisional brasileiro constitui um estado de coisas inconstitucional, reconheceu que vários direitos fundamentais – *e.g.*, o direito à integridade física e mental, à saúde, à alimentação, ao trabalho e à educação – são sistematicamente (e ilegitimamente) restringidos pelo Estado. Assim, é possível afirmar, em caráter abstrato, que a aplicação da pena de prisão no Brasil produz, sob o ponto de vista da norma de sanção, não apenas a restrição ao direito à liberdade de locomoção, mas também de todos os direitos sistematicamente violados pelo Estado no quadro atual do sistema penitenciário. Essa aproximação do modo como as penas são cumpridas na realidade constitui exigência dessa renovada forma de controlar a legitimidade constitucional das leis penais. Não se pode admitir que o juízo de proporcionalidade da lei penal considere apenas os direitos fundamentais diretamente restringidos pela lei incriminadora – nas dimensões da proibição da conduta e da cominação da sanção –, pois devem ser consideradas também as restrições a direitos fundamentais que decorrem do modo generalizado de funcionamento prático do sistema punitivo.

Isso não quer dizer que será possível examinar, no controle de constitucionalidade das leis penais, todas as possíveis restrições a direitos fundamentais a que se sujeitam os apenados durante o cumprimento da pena. Há limitações estruturais que decorrem na própria natureza do exame abstrato da constitucionalidade das leis. A capacidade da jurisdição constitucional para examinar os aspectos fáticos envolvidos no modo de cumprimento das penas é limitada. De modo geral, só tem relevância para o controle abstrato de constitucionalidade das leis penais, as restrições a direitos fundamentais que apresentem certo grau de generalidade, ou seja, que se verifiquem na maior parte dos casos e que, assim, se apresentem como característica do sistema punitivo como um todo. A violação à integridade física e mental, por exemplo, pode ser razoavelmente reconhecida como característica geral da aplicação da pena de prisão em todo o país, na medida em que a superlotação, por si só, produz efeitos negativos na saúde humana. Desse modo, é possível identificar a restrição intensa da integridade física e mental como parte do conjunto de direitos restringidos por leis penais que estabeleçam penas de prisão que provavelmente sejam cumpridas com recolhimento do condenado a estabelecimento prisional.

Contudo, a agressão sexual sofrida um apenado, por exemplo, não pode ser atualmente tida como uma característica geral ou estruturante do sistema punitivo, embora registros desse

tipo de violação à dignidade dos presos sejam relativamente comuns. Essa forma de inaceitável violação ao direito fundamental dos presos, quando ocorrida, deve ser tratada individualmente pelas autoridades administrativas e judiciais competentes, inclusive para fins de compensação na pena a ser cumprida. Nenhum tipo de restrição ou violação aos direitos fundamentais do apenado pode ser desconsiderado pelo Estado. Ocorre que algumas delas, por integrarem o padrão geral de execução da pena, podem ser entendidas como restrições *indiretas* que decorrem *ordinariamente* da aplicação da pena, e, por isso, devem ser levadas em conta no exame abstrato da proporcionalidade da própria lei penal. Outras, que não apresentam caráter geral, deverão ser consideradas pelo juiz na fase da execução da pena, seja para fixar indenização cível, seja para detrair tais violações do tempo da pena a ser cumprido.

6.4.2 Ainda sobre a colisão entre princípios constitucionais: a legitimidade do fim perseguido pela lei penal e a importância do bem jurídico

Uma vez identificados os direitos fundamentais restringidos pela lei penal, passa-se ao exame da legitimidade constitucional do fim perseguido pela lei penal. É objeto de amplo consenso a compreensão de que a finalidade da lei penal é identificada com a proteção de bens jurídicos¹¹⁷⁰. Assim, a legitimidade do fim da lei penal depende da verificação da compatibilidade constitucional do bem jurídico pressuposto pela lei incriminadora¹¹⁷¹. Por esse motivo, é possível afirmar que “*o conceito de bem jurídico é o ponto de partida para a aplicação de outros princípios constitucionais balizadores da atuação do legislador penal, notadamente a proporcionalidade*”¹¹⁷².

De fato, a proteção do bem jurídico constitui a finalidade perseguida pela lei penal. Como resultado, a identificação do bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador constitui

¹¹⁷⁰ Cf. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 216; ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 216.

¹¹⁷¹ Tal como afirma Norberto Barranco, “se não há finalidade a ser atingida é impossível falar em idoneidade da medida que a persegue. A mesma, em Direito penal, só pode se estabelecer a partir da concreção do objeto de proteção, o bem jurídico. Para isso, e ainda que boa parte da doutrina vincule a ideia de exclusiva proteção de bens jurídicos com o requisito da necessidade, deve aparecer como pressuposto inicial do requisito da idoneidade” (BARRANCO, Norberto Javier de la Mata. Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 60, Fasc/Mes 1, 2007, p. 178).

¹¹⁷² COSTENARO CAVALI, Marcelo. *Fundamento e limites da repressão penal da manipulação do mercado de capitais: uma análise a partir do bem jurídico da capacidade funcional alocativa do mercado*. 2017. Tese (Doutorado em Direito Penal) –Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 53.

premissa metodológica para quatro operações argumentativas desenvolvidas no juízo de proporcionalidade: (i) a verificação da legitimidade da finalidade objetivada pela lei penal; (ii) o exame da aptidão do meio adotado para a realização dessa finalidade de proteção do bem jurídico (juízo de adequação); (iii) a análise da moderação e da racionalidade na escolha do meio (juízo de necessidade); e (iv) a verificação do equilíbrio entre os ganhos de proteção ao bem jurídico e o sacrifício de direitos fundamentais imposto pela lei penal (juízo de proporcionalidade em sentido estrito). Diante da importância dessa categoria (bem jurídico) para o exame da proporcionalidade da lei penal, convém delimitar com alguma precisão o seu significado na ordem jurídica.

Na dogmática penal, é consensual a ideia de que a delimitação do alcance do tipo penal depende necessariamente da identificação clara do bem jurídico que se visa proteger. Desse modo, a tipicidade da conduta decorre da verificação de agressão ao bem jurídico pressuposto da norma penal incriminadora. Daí porque se entende que não se pode definir o âmbito de aplicação da norma penal sem antes identificar o bem jurídico por ela pressuposto. Prova da importância da precisa identificação do bem jurídico subjacente ao tipo penal é a tranquila orientação jurisprudencial de que a simples adequação formal do fato à norma penal incriminadora não é suficiente para qualificar como delituosa a conduta do indivíduo¹¹⁷³. Segundo essa orientação, o juiz deve, diante das circunstâncias específicas do caso concreto, aferir o grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, para só então aferir a tipicidade (material) da conduta supostamente criminosa.

O arcabouço principiológico sobre o qual se funda o direito penal está quase inteiramente vinculado à ideia de bem jurídico¹¹⁷⁴. Se a intervenção penal do Estado se dá, sob a ótica puramente formal, a partir da tipificação de condutas, sob o enfoque material, exige-se que tal intervenção tenha por objetivo impedir uma lesão a um bem jurídico¹¹⁷⁵. Ainda que se

¹¹⁷³ STF, HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 06.03.2012.

¹¹⁷⁴ O alicerce para a determinação de uma ação como típica, se assenta na relação de necessidade de lesão ao bem jurídico. Cf. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 180.

¹¹⁷⁵ Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou: “Ao cuidar do problema no âmbito do direito penal material, vários autores defendem que o juízo de tipicidade objetiva deve ser dividido em duas etapas: (i) uma formal, na qual se realiza uma subsunção entre a previsão abstrata do tipo e a conduta concretamente. (...) A tese é amplamente aceita atualmente, devido à admissão generalizada da premissa segundo a qual a utilização do direito penal, em razão da natureza drástica de suas consequências, somente se justifica como último recurso para a proteção de bens jurídicos, isto é, de valores com alta relevância para a sociedade¹⁹. Partindo desse ponto de vista, fica nítida a relação entre o princípio da insignificância e os conceitos de tipicidade material e bem jurídico:

adote uma postura cética em relação à capacidade de proteção ao bem jurídico oferecido pela lei penal¹¹⁷⁶, o bem jurídico deve funcionar como um elemento indispensável à delimitação da norma criminalizadora. A dogmática penal construiu, a propósito, um sólido consenso em torno da ideia de que o bem jurídico deve ser entendido um elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes¹¹⁷⁷.

A exigência de demonstração da lesão real ou potencial ao bem jurídico como pressuposto da criminalização é o que garante ao indivíduo refutar a acusação e demonstrar que sua ação não lesionou ou colocou em perigo o bem jurídico pressuposto pelo tipo. O processo criminalizador só se legitima na medida em que a acusação possa ser submetida a uma prova empírica de refutação. Isso significa afirmar que o Estado deve garantir ao acusado a possibilidade de demonstrar que o perigo ou lesão ao bem jurídico não se poderia verificar no caso concreto, em razão da ausência de ofensividade da conduta. A legitimidade da incriminação está condicionada, em qualquer caso, ao pressuposto de que o bem jurídico que constitui o fundamento da norma tenha sido lesado ou posto em perigo, o que só se perfaz com a demonstração empírica de que a própria ação proibida era idônea a produzir essa lesão ou aquele perigo¹¹⁷⁸.

A *refutabilidade* como critério de legitimação da pretensão acusatória está vinculada ao conceito de bem jurídico. Esse critério se baseia na ideia de que a criminalização de uma conduta só é permitida se antes for possível verificar empiricamente a existência de lesão ou a presença do perigo de lesão¹¹⁷⁹. Vincular o bem jurídico a um substrato material, que está

somente são materialmente típicas as condutas que afetem substancialmente os bens jurídicos protegidos; as demais são penalmente (embora não juridicamente) insignificantes” (STF, HC 123108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015).

¹¹⁷⁶ Sobre o ceticismo em relação ao uso do conceito de bem jurídico para representar essa esfera de afetação pessoal: Cf. NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

¹¹⁷⁷ V., a propósito, TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Direito e psicanálise: interseções a partir de “O processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43-55.

¹¹⁷⁸ Cf. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 226.

¹¹⁷⁹ Para uma visão geral sobre o tema, confira-se o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin declarando a inconstitucionalidade do delito de porte de droga para uso pessoal: “[o] processo de constitucionalização do direito penal, ainda embrionário no Brasil, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária - ou seja, aquelas que tratam da criação de tipos penais e incriminação de condutas pela legislação. Como premissa para o exercício de tal controle de constitucionalidade, a tomada em conta do fundamento da *dignidade da pessoa humana* em sua matriz kantiana e republicana, impede, assim, que a tutela penal atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de conduta determinadas ou a imposição

submetido, no mínimo, a um risco de lesão, significa orientar a cognição dessa lesividade a um propósito de contraprova (juízo de refutabilidade)¹¹⁸⁰. Por isso, a controvérsia em torno da espiritualização do bem jurídico¹¹⁸¹ não se resume à dicotomia *bens jurídicos concretos vs. bens jurídicos abstratos*, mas sim à contestabilidade da ocorrência de lesão ou perigo concreto de lesão¹¹⁸². A ideia de bem jurídico incorpora a exigência de que para que o fato punível se produza é necessário que uma lesão ou colocação em perigo de uma realidade externa à norma tenha ocorrido.

Desse modo, é possível afirmar que todo delito possui resultado normativo, identificado como a lesão ou a probabilidade concreta de lesão ao bem jurídico, aferidas empiricamente, de modo a permitir ao acusado a possibilidade real de empreender a refutação racional dessa imputação. O indivíduo ao qual se imputa a prática de um delito deve poder, a partir da ação típica descrita pela acusação, negar ou colocar em dúvida a base material da incriminação, que reside precisamente na demonstração da lesão ou da probabilidade concreta de lesão ao bem jurídico. A adoção de uma base causal torna o direito penal mais realista: a punição passa a depender da demonstração do dano (real ou potencial) ao bem jurídico¹¹⁸³.

De fato, a lesão (ou o perigo de lesão) ao bem jurídico integra a base da ação típica. A legitimidade da incriminação está condicionada, em qualquer caso, ao pressuposto de que o bem jurídico que constitui o fundamento da norma tenha sido lesado ou posto em perigo, o que só se perfaz com a demonstração empírica de que a própria ação proibida era idônea a produzir

de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

¹¹⁸⁰ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 220.

¹¹⁸¹ Esse movimento de espiritualização do bem jurídico – representado por Honig e por Mezger – concebeu o bem jurídico como simples ratio da norma. A finalidade da norma substituiu as concepções materiais de bem jurídico. V. PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 190 e ss. De acordo com essas premissas, a busca do bem jurídico tutelado se limitava a reproduzir aquilo que o legislador objetivava proteger, de modo que a simples vigência da lei era suficiente para garantir sua legitimidade. V. TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 221.

¹¹⁸² Não há problema, assim, em admitir a existência do que se chama de bem jurídico supraindividual, desde que se tenha presente a possibilidade de reconduzir esse bem jurídico a um substrato material referível à pessoa humana.

¹¹⁸³ Para Nino, a ideia de que o injusto penal deve ser concebido de tal maneira que torne necessária a verificação de que o dano ou o perigo ao bem jurídico se faz presente em cada caso concreto pode ser cunhada de princípio da enantiotelidade, o qual significa que uma ação é punível somente quando causa a lesão ou o perigo de lesão que a lei está destinada a prevenir. Cf. NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 311.

essa lesão ou aquele perigo¹¹⁸⁴. Por isso, a identificação do bem jurídico é absolutamente essencial à compreensão da zona proibida pela norma penal.

Essa afirmação não é meramente especulativa: além de ser comprovada pela própria experiência jurisprudencial brasileira, ela apresenta consequências concretas para a decisão sobre a ocorrência ou não de um delito. Em *primeiro lugar*, a jurisprudência brasileira é uniforme no sentido de que, para que se chegue à condenação criminal, importa demonstrar não apenas que a conduta praticada se amolda à norma incriminadora, mas também que ela é apta a causar lesão relevante ao bem jurídico tutelado. Em *segundo lugar*, a jurisprudência também é uniforme no sentido de que a distinção entre atos preparatórios e executórios deve partir do critério segundo o qual os últimos são aqueles que colocam em risco efetivo o bem jurídico tutelado¹¹⁸⁵. Em *terceiro lugar*, a jurisprudência nacional tem afirmado que a caracterização do crime impossível exige que a ineficácia absoluta do meio impeça a afetação do bem jurídico pressuposto pelo tipo¹¹⁸⁶. Os exemplos são inúmeros. O importante é alertar para que a identificação precisa do bem jurídico pressuposto pelo tipo incriminador constitui tarefa indispensável à compreensão da zona do proibido.

Os princípios da legalidade penal e da taxatividade impedem que o indivíduo responda pela prática de um crime sem que o Estado tenha sido capaz de precisar com clareza e objetividade o conteúdo material da conduta proibida (é dizer, conduta alcançada pelo tipo penal incriminador). E não há como definir o conteúdo material do tipo sem identificar previamente o bem jurídico pressuposto¹¹⁸⁷. É que, como já se afirmou, a lesão (ou o perigo de lesão) ao bem jurídico integra a base da ação típica. Além disso, o conhecimento convencional do direito penal reconhece que a lesão (ou o perigo de lesão) ao bem jurídico constitui requisito para a própria consumação do delito. Assentadas essas premissas, fica evidente que o respeito aos princípios da legalidade e taxatividade no campo penal demanda o reconhecimento de que os órgãos estatais competentes para definir os contornos do delito – em maior medida o Legislativo (definição do tipo) e em menor medida o Judiciário (fixando, interpretativamente, a extensão do tipo) – têm o dever de identificar com a máxima clareza o bem jurídico

¹¹⁸⁴ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Teoria do Injusto Penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 226.

¹¹⁸⁵ STJ, REsp 1252770/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 24/03/2015.

¹¹⁸⁶ STJ, REsp 1451397/MG, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, j. em 15/09/2015.

¹¹⁸⁷ Cf. MUNÖZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

pressuposto pelo tipo penal incriminador. Afinal, a demonstração da lesão ou do perigo de lesão a determinado bem jurídico constitui pressuposto de qualquer incriminação. E esse pressuposto deve ser apreensível pelo cidadão (previsibilidade social) de modo que ele possa decidir sobre o seu curso de ação a partir da prévia definição do âmbito de proibição¹¹⁸⁸.

O conceito material de bem jurídico exige que a lei penal adote como objeto de proteção um objeto distinto e separável da própria norma¹¹⁸⁹. Essa distinção entre o bem jurídico e a norma penal é necessária para garantir que a criminalização possua uma base material independente da opção legislativa¹¹⁹⁰. Com base nessa premissa, Jescheck defende que o bem jurídico constitui a base da estrutura e da interpretação dos tipos e deve possuir um conteúdo valorativo real próprio, anterior à norma penal¹¹⁹¹. O tipo penal tem por finalidade a delimitação do poder de intervenção do Estado, a qual não pode ser alcançada sem um pressuposto material

¹¹⁸⁸ Daí porque se pode identificar a ação penalmente relevante com o modelo de ação social perlocucionária: “Para se dizer que a ação de subtrair atende aos elementos da realidade, como prática social, não é suficiente que o ladrão tenha realizado a subtração, orientando sua atividade em face daquilo que quer subtrair (coisas alheias) ou de seus titulares, mas que incorpore, nesse plano, a lesão de bem jurídico, porque só com isso é que se aperfeiçoa o ato perlocucionário” (TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213).

¹¹⁸⁹ Essa ideia é desenvolvida por Juarez Tavares sob a ótica da diferença entre bem jurídica e função: “Ao bem jurídico não se podem equiparar, por exemplo, as funções simplesmente controladoras do Estado, como as do controle do tráfego de veículos, do controle da arrecadação, do controle da saída e entrada de bens, do controle do uso de combustíveis, do controle dos atos de gestão, etc., como não se pode equiparar ao bem jurídico o prestígio da ordem jurídica ou o exercício do próprio poder. O exercício do poder é mera função e não poderá ser tido como bem jurídico. Caso haja uma ofensa ao exercício do poder, deve-se demonstrar que, por meio disso, se causou um dano ou se pôs em perigo a estabilidade do Estado ou de suas instituições. A distinção entre bem jurídico e função é relevante, ainda, para a avaliação da inconstitucionalidade de incriminações que só tenham a finalidade de assegurar o exercício dessas funções, assim como para reanimar a vigência dos delitos de resultado em substituição aos delitos de mera atividade, ou para vincular a todos os delitos de perigo abstrato a possibilidade de uma refutação empírica da presunção de perigosidade da ação” (TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *O futuro do Direito Penal*. No prelo). Em sentido semelhante, a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia: “a responsabilidade dos indivíduos pela violação das leis, especialmente do direito penal, requer a verificação de um dano efetivo aos bens jurídicos protegidos e não a simples avaliação de uma intenção considerada prejudicial, somente esta última condição justifica a restrição de direitos e liberdades, que também gozam de proteção constitucional. Em resumo, embora a antijuridicidade não tenha o estatuto de princípio constitucional, está estreitamente relacionada com o princípio da proporcionalidade, uma vez que apenas a proteção de direitos legais verdadeiramente ameaçados justifica a restrição de direitos fundamentais como a liberdade pessoal.” (Sentencia C-181 de 2016).

¹¹⁹⁰ A primeira tentativa de conceber um fundamento material para o delito foi realizada por Feuerbach, que sustentou a ideia de que para que uma ação fosse considerada crime seria necessário identificar uma violação a um direito subjetivo de terceiro. Cf. FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*, Trad. por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2007. Essa concepção material de bem jurídico recebeu a feição mais difundida na modernidade pela obra de Birnbaum, que defendeu a exigência de um bem radicado no mundo do ser ou da realidade como objeto material da tutela penal. Para ele, a base material do delito se baseava na ideia de lesão a realidades empírico-naturalísticas, entendidas como ofensas a bens concretos do mundo exterior. Entretanto, ao propor a substituição da noção de direitos subjetivos pela de bem abriu espaço para a criminalização de atos imorais. V. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico e Constituição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28 e ss.

¹¹⁹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 232.

que lhe trace os contornos de estabilidade¹¹⁹². Na linha do que afirma Luís Greco, as definições que tentam transformar o bem jurídico “*em uma entidade ideal, em valor, em algo espiritual, desmaterializado, são indesejáveis, porque elas aumentam possibilidades de que se postulem bens jurídicos à la volonté, para legitimar qualquer norma que se deseje*”¹¹⁹³. Daí a necessidade que se estabeleça, como base da ação típica, a lesão de um bem jurídico dotado de materialidade.

Como dito anteriormente, o juízo de proporcionalidade constitui método de verificação da constitucionalidade da lei penal apenas quando for possível identificação uma colisão de princípios constitucionais que se posicionam a favor e contra a medida legislativa. Desse modo, a correta oposição dos princípios em colisão exige, em primeiro lugar, a identificação dos direitos fundamentais restringidos pela lei penal – tanto pela norma de conduta como pela norma de sanção –, e, no momento seguinte, o reconhecimento do bem jurídico que o legislador busca proteger. Estabelecida a estrutura normativa dos princípios colidentes, o passo seguinte é perquirir se a proteção penal do bem jurídico não está proibida pela constitucional em caráter definitivo. Essa proibição ocorre apenas nas situações em que não seja possível identificar um só princípio constitucional que ofereça *prima facie* fundamento constitucional à lei penal ou no caso de existir regra constitucional que proíba a persecução de determinados fins. Bons exemplos de leis penais que buscam realizar fins constitucionalmente ilegítimos são aqueles tipos penais que tentam impor determinados modelos de virtude (legislação perfeccionista¹¹⁹⁴),

¹¹⁹² Para Pierpaolo Bottini, o bem jurídico, para servir como critério limitador da expansão do direito penal, deve ser preenchido de sentido e, portanto, de materialidade. V. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2010, p. 179- 180.

¹¹⁹³ GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 106.

¹¹⁹⁴ Como sintetizou João Paulo Orsini Martinelli, “o perfeccionismo está dirigido à promoção do bem-estar da pessoa, seja de ordem natural (como alcançar as virtudes), seja de ordem objetiva (conhecimento, cultura, educação, habilidades). Para o perfeccionista, portanto, a elaboração de regras com a finalidade de alcançar o bem estar do sujeito faz-se legítima, mesmo que não haja lesão ou ofensa no comportamento proibido ou imposto” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo).

tais como a criminalização do auxílio à eutanásia¹¹⁹⁵, da prostituição desejada¹¹⁹⁶ e da doação de órgãos¹¹⁹⁷.

A ilegitimidade do fim da lei penal está vinculada ao reconhecimento da proibição constitucional de eleição de determinado bem jurídico como objeto da tutela penal¹¹⁹⁸. A contrariedade à Constituição na escolha do bem jurídico tutelado se manifesta, em geral, nos casos dos delitos que não tutelam bem jurídico algum. Como afirmou Marcelo Cavali, “há um número surpreendentemente grande de casos em que haverá largo consenso acerca da ausência de qualquer bem jurídico protegido”, assim exemplificados por Roxin: (i) “leis

¹¹⁹⁵ A propósito, Martinelli afirmou que nos casos de doenças terminais, não há perspectiva de autonomia futura. Desse modo, a tutela penal da vida, nesses casos, demonstra-se ilegítima. Punir penalmente o médico ou o familiar que tenha consentido na interrupção de tratamento a pedido do paciente. tratar paternalisticamente um bem que está irreversivelmente condenado. Trata-se de uma forma de paternalismo impuro, que pune criminalmente um sujeito para prolongar a agonia de quem pede para interrompê-la. Acima da antecipação da morte, tem-se a interrupção do sofrimento” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo).

¹¹⁹⁶ O mesmo autor, João Paulo Orsini Martinelli, esclarece: “A prostituição por si só não é crime. O Estado pune apenas a condutas de terceiros que, de alguma forma, contribui para quem se prostitui. A lei criminaliza seu incentivo e sua exploração, assim como o tráfico de pessoas. Em relação ao consumo, aquele que usufrui os serviços sexuais só é punido se a pessoa prostituída é menor de 18 anos e tal condição for conhecida. Ou seja, são comportamentos paternalistas do Estado, que pune alguém para proteger outrem da exploração sexual, restringindo a liberdade para vender o próprio corpo (paternalismo indireto)” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo). Nesse mesmo sentido, Marcelo Cavali defende que há vários crimes no Código Penal brasileiro que não tutelam qualquer bem jurídico, seguindo a trilha da criminalização baseada em argumentos morais: “No Brasil, podem ser apontados vários tipos penais que, parece evidente, não tutelam nenhum bem jurídico. O Título VI da Parte Especial do Código Penal, formalmente voltado à proteção da dignidade sexual, abriga uma coleção de figuras típicas que não protegem bem jurídico algum, representando, em verdade, meras convicções morais conservadoras, tais como os crimes de mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227), favorecimento da prostituição (art. 228, primeira parte), rufianismo (art. 230) e de escrito ou objeto obsceno (art. 234), bem como o revogado crime de adultério (art. 240, revogado pela Lei no 11.106/2005)” (COSTENARO CAVALI, Marcelo. *Fundamento e limites da repressão penal da manipulação do mercado de capitais: uma análise a partir do bem jurídico da capacidade funcional alocativa do mercado*. 2017. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 52).

¹¹⁹⁷ A propósito, novamente João Paulo Orsini Martinelli afirma que: “Segundo o artigo 14 da Lei, é crime “remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei”. Quer dizer, se um médico remover órgão que não seja duplo de uma pessoa que deseja doá-lo ao filho, poderá responder por crime. Por uma questão paternalista, se A quiser doar seu coração ao filho B, porque este está morrendo e existe compatibilidade, aquele que fizer o procedimento será criminalmente processado. Temos, portanto, um caso de paternalismo impuro ou indireto.” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo).

¹¹⁹⁸ Gloria Mesa resume esses critérios negativos de exclusão: (i) proibição de empregar o direito penal com o fim de impor pautas morais auto-referentes, como aquelas relacionadas a práticas sexuais consentidas entre adultos; (ii) a utilização do direito penal para fins meramente paternalistas, como ocorre quando se criminalizam ações que só afetam o próprio indivíduo, tais como o consumo de drogas e a omissão de medidas de autoproteção; (iii) a proteção penal de interesses baseados em critérios de discriminação ilegítimos, utilizados para manter a exclusão de grupos tradicionalmente marginalizados. V. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 363-364.

penais arbitrárias, com motivações puramente ideológicas ou contrárias a direitos fundamentais, não tutelam bens jurídicos”; (ii) “a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico legitimador de um tipo penal (por exemplo, na criminalização do homossexualismo se recorre indevidamente a uma ‘estrutura heterossexual das relações sexuais’; no tráfico de drogas à ‘existência de uma sociedade sem drogas’)”;

(iii) “a imoralidade e a suposta reprovabilidade ética de um comportamento (por exemplo, homossexualismo, troca de casais e sexo com animais) não justificam proibição penal”; (iv) “a violação da própria dignidade humana não é razão para punição penal”; (v) “a tutela de sentimentos somente pode ser reconhecida como bem jurídico quando proteja o sentimento de ameaça a um bem jurídico (por exemplo, o delito de praticar ato obsceno em lugar público somente tutela legitimamente um bem jurídico naqueles casos em que, dadas as circunstâncias concretas, provoque na vítima o medo de efetiva agressão sexual)”;

(vi) “a autolesão consciente não legitima a pena (v.g., o mero uso de drogas por adultos responsáveis não poderia ser punido)”;

(vii) “normas penais preponderantemente simbólicas devem ser recusadas, de modo que a mera negação de fato histórico (como, por exemplo, o holocausto), sem caráter de agitação, não poderia ser conduta punível”;

(viii) “tabus não constituem bens jurídicos”; e (ix) “tipos penais não poderiam ser fundados em ‘bens jurídicos de abstração impalpável’, como ‘saúde pública’ e ‘paz pública’”¹¹⁹⁹.

O caso mais relevante em que se cogita de tutela de bem jurídico contrária à Constituição é aquele em que se discute a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal. Para o Ministro Edson Fachin, a criminalização se baseia em argumento perfeccionista que “busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo, assim, de forma apriorística um modelo de moral privada, individual, que se julga digno e adequado”. Ocorre que, “[s]e as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade vedam que a conduta de um cidadão ofenda bens jurídicos alheios, elas, porém, não podem impor modelos de virtude pessoal e tampouco julgar as ações de um cidadão por seus efeitos sobre o caráter do próprio agente”¹²⁰⁰. De fato, é ilegítimo o paternalismo penal dirigido à proteção do sujeito contra autolesões consentidas fruto do exercício da autonomia.

¹¹⁹⁹ COSTENARO CAVALI, Marcelo. *Fundamento e limites da repressão penal da manipulação do mercado de capitais: uma análise a partir do bem jurídico da capacidade funcional alocativa do mercado*. 2017. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 43.

¹²⁰⁰ A íntegra do voto está disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

De qualquer forma, como se disse, o exame da legitimidade constitucional do fim perseguido pela lei penal exige (i) a identificação do bem jurídico que o legislador busca proteger e (ii) o reconhecimento de que a proteção penal de tal bem jurídico não está proibida pela ordem constitucional em caráter definitivo. É nesse momento que a teoria do bem jurídico recobra toda a sua importância para o controle de constitucionalidade das leis penais. A dogmática penal mais amplamente aceita constrói o fundamento do direito penal sobre o conceito de bem jurídico em duas perspectivas.

Primeiro, o direito penal moderno pretendeu ancorar a legitimidade da opção estatal de criminalizar uma conduta em uma entidade material tangível – objeto de proteção da norma – que pudesse limitar a incriminação àquelas condutas que revelassem algum grau de exteriorização. Nesse aspecto, a dogmática penal se baseia na noção de que a tipicidade da conduta decorre da existência de uma agressão a um bem jurídico pressuposto pela norma penal incriminadora. *Segundo*, a dogmática penal desenvolveu a ideia de que a intervenção do direito penal só se justificaria quando se mostrasse imprescindível para assegurar bem jurídicos fundamentais da pessoa humana. Essas duas perspectivas se apresentam, quase sempre, agrupadas no próprio conceito de bem jurídico defendido pela dogmática penal. Ao lado da exigência de que a lei penal tenha por finalidade a proteção de um bem jurídico, se agrega uma qualificação especial a esse bem jurídico como característica essencial ou intrínseca da categoria.

A primeira perspectiva pode ser incorporada ao juízo de proporcionalidade incidente sobre as leis penais sem restrições: indiscutivelmente, a legitimidade do fim perseguido depende da identificação do bem jurídico que o legislador busca proteger¹²⁰¹. É nesse sentido, aliás, que o princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos ganha *status* constitucional: a lei

¹²⁰¹ Por essa razão, o TSE considerou não recepcionado o delito previsto no art. 337 do Código Eleitoral, que descreve como crime a participação em atividades político-partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda, daquele que estiver com os direitos políticos suspensos. O Tribunal considerou que “o comportamento descrito na aludida norma de natureza penal não consiste na prática de um direito político passível de suspensão, mas sim no exercício de um direito fundamental que se insere na órbita da liberdade individual” (TSE, REspe nº 36173, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 30.09.2015). Com base no mesmo tipo aplicação do juízo de adequação, a Corte Constitucional da Itália declarou a inconstitucionalidade do delito de exposição não autorizada no território nacional italiano da bandeira de Estado estrangeiro, sob o fundamento de que a criminalização não protegia qualquer bem jurídico específico (Sentenza n. 198 de 1987). Na mesma direção, a Corte Constitucional da Itália declarou inconstitucional também do crime de mendicância não invasiva por inidoneidade da lei penal, sob o fundamento de que não era possível identificar um bem jurídico tutelável (Sentenza n. 519 de 1995).

penal só é adequada se tiver como finalidade a proteção de um bem jurídico compatível com a Constituição¹²⁰². Já a segunda perspectiva não parece ser passível de utilização no juízo de proporcionalidade. É que, como já esclarecido no capítulo 3, não se pode estipular um critério *a priori* (antes mesmo da ponderação) capaz de definir todos os conteúdos possíveis do bem jurídico tutelável pela lei penal.

Como se viu, a relevância normativa do bem jurídico deve ser averiguada no momento da realização da *ponderação*, e não antes dela. Por esse motivo, a importância da teoria do bem jurídico, nesse momento de verificação da legitimidade do fim perseguido pela lei, está em exigir a precisa individualização do bem jurídico pressuposto pelo tipo penal como critério de validade da lei incriminadora. Essa postura tem a vantagem de não pré-definir todos os conteúdos possíveis do direito penal a partir de leituras particularistas da Constituição. Por outro lado, não despreza a preocupação quanto à banalização do uso do direito penal para a proteção de interesses pouco relevantes. Ao contrário, recomenda a atribuição de peso à importância do bem jurídico – se voltado à proteção de direitos fundamentais da pessoa humana ou à proteção de interesses coletivos dificilmente reconduzíveis a esses direitos fundamentais – no momento da aplicação do juízo da proporcionalidade em sentido estrito.

Essa discussão sobre quais características deveriam se fazer presentes para que o bem jurídico pudesse ser tutelado pelo direito penal fez surgir três grandes propostas sobre o modo de averiguação da legitimidade do fim perseguido pela lei penal. Uma primeira corrente afirma que o único fim constitucionalmente legítimo da lei penal é a proteção de direitos fundamentais¹²⁰³. Uma segunda corrente, na tentativa de ampliar o espaço de liberdade do legislador e manter um vínculo forte com a Constituição, propõe que o fim constitucionalmente legítimo da lei penal é a proteção de bens jurídicos com *status* constitucional¹²⁰⁴. Por fim, uma

¹²⁰² Nesse sentido, o voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no STF: “[a] matriz definidora e legitimadora do Direito Penal reside, sobretudo, na noção de bem jurídico. É ela que permite compreender os valores aos quais o ordenamento jurídico concede relevância penal, de acordo com a ordem axiológica constitucional. E, por isso, legitima e delimita a atuação do instrumento penal” (HC 95861, Rel. Min. Cezar Peluso, Reld. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 02.06.2015).

¹²⁰³ Essa proposta, defendida em diferentes versões por Hassemer, Ferrajoli e Nino, tem no Brasil o seu defensor mais destacado em Juarez Tavares, para quem “só pododerá ser reconhecido como bem jurídico o que possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana” (TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 217).

¹²⁰⁴ V., a propósito, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, Parte Geral*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120.

terceira corrente, em contraposição às duas primeiras, defende que a lei penal pode tutelar qualquer bem jurídico não proibido pela Constituição.

As propostas tendentes a identificar o fim legítimo do direito penal com a exclusiva proteção de direitos fundamentais ou com a proteção de bens jurídicos constitucionais contrariam a liberdade de que goza o legislador para estabelecer os fins perseguidos pela lei quando a Constituição não proíba ou imponha fim algum¹²⁰⁵. Além disso, as tentativas de vincular o conteúdo possível (finalidade legítima) do direito penal a um conjunto fechado de objetivos previamente estabelecidos pela Constituição tendem a fazer com se estabeleçam relações remotas, muito distantes, entre a lei penal e algum direito fundamental ou bem jurídico constitucional, como estratégias para justificar a opção legislativa.

Uma perspectiva realista – que não considere constitucionais apenas os tipos penais que compõem o núcleo do direito penal clássico – teria que criar artificialmente um vínculo entre novos bens jurídicos penais e algum aspecto de um direito fundamental. Isso pouco contribuiria para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional no campo penal e tornaria *insincera* a argumentação engendrada para defender a legitimidade das leis penais. O melhor caminho é reconhecer que a proporcionalidade da lei penal exige que ela persiga a preservação de bens ou interesses constitucionalmente legítimos. Assim, a legitimidade do bem jurídico eleito pelo legislador demanda apenas que ele não seja constitucionalmente proibido. Essa situação ocorre tanto quando a lei penal adota finalidade contrária à Constituição, como quando simplesmente não tutela bem jurídico algum.

6.5 O juízo de adequação da lei penal

O primeiro dos juízos ou subprincípios da proporcionalidade se orienta a verificar se a medida legislativa constitui meio idôneo para contribuir para a realização do fim por ela perseguida. Entende-se como adequada a medida quando for possível estabelecer algum nexo de causalidade positiva entre a medida legislativa e a criação de um estado de coisas em que se incremente a realização do fim legislativo, quando comparado com o estado de coisas anterior

¹²⁰⁵ V., na defesa dessa posição, LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais Penais*. 2. ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 174-175. O Tribunal Constitucional da Espanha entende que a lei penal só será inconstitucional se o sacrifício da liberdade que a norma impõe persegue a preservação de bens ou interesses, não só constitucionalmente proibidos, mas também socialmente irrelevantes. V. STC 55/1996, de 28 de março.

à lei. A medida será inadequada ou inidônea quando ela dificulte a realização do fim legislativo ou quando sua implementação seja indiferente para a realização dessa finalidade¹²⁰⁶. Essa averiguação sobre a idoneidade da lei penal deve ser implementada em duas fases, pois ela se projeta de maneira diferente sobre a norma de conduta e sobre a norma sanção¹²⁰⁷.

O juízo de adequação da norma de conduta exige verificar se a ação ou omissão descrita no tipo penal é suscetível de afetar o bem jurídico cuja tutela se pretende realizar. Apenas quando a prática da conduta prevista no tipo penal puder ofender o bem jurídico tutelado é que se pode afirmar que sua proibição constitui um meio idôneo para contribuir para a proteção desse bem jurídico. Dito de outro modo, carecem de idoneidade as proibições penais referidas a condutas que não apresentem potencialidade lesiva alguma para o objeto cuja tutela se pretende implementar¹²⁰⁸. De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, o juízo de idoneidade dos tipos penais acolhe as exigências do princípio da *lesividade*, entre as quais se situa, em primeiro lugar, a *exterioridade da ação típica*, condição indispensável ao reconhecimento do vínculo que une a realização da conduta proibida com a afetação do bem jurídico¹²⁰⁹. Satisfeita a exigência – com a presença de uma conduta apta a causar modificações no mundo exterior –, deve-se questionar se a conduta proibida representa ao menos um *perigo abstrato* para o bem jurídico que fundamenta a lei penal. Sob a ótica da norma de conduta, o juízo de adequação requer conferir maior precisão à exigência de aptidão de lesividade como critério para que a lei penal passe pelo filtro da adequação.

¹²⁰⁶ De acordo com o Tribunal Constitucional da Espanha, “o princípio da adequação requer, portanto, a existência de uma relação de congruência objetiva entre os meios adotados pelo legislador e o objetivo perseguido, com o entendimento de que tal circunstância ocorrerá se a medida derivada do preceito pleiteado puder contribuir positivamente para a realização do fim perseguido. Pelo contrário, a medida deve ser considerada inidônea ou inadequada se atrapalhar ou mesmo se for indiferente à satisfação de sua finalidade” (Sentencia 60/2010, de 7 de outubro de 2010).

¹²⁰⁷ O juízo de proporcionalidade deve incidir sobre cada um desses momentos da criminalização primária – proibição da conduta e cominação da sanção – de maneira autônoma. Essa distinção é ignorada pela maioria dos estudos sobre o tema. V., sobre o ponto, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 130.

¹²⁰⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 395.

¹²⁰⁹ A propósito, a Corte Constitucional da Colômbia afirmou, com base no princípio da culpabilidade, “que o evento sujeito a punição não pode ser constituído nem por um fato interno da pessoa, nem por seu caráter, mas por uma exterioridade. Portanto, o direito repressivo só pode punir o homem pelo que ele realmente fez e não pelo que foi pensado, proposto ou desejado, nem por seu temperamento ou sentimentos, ou por sua personalidade. Em suma, o homem é punido pelo que faz, pelo seu comportamento social, não pelo seu ser, desejo, pensamento ou sentimentos” (Sentencia C-239 de 1997).

Além do exame da adequação da norma de conduta – voltada à averiguação da aptidão que a proibição da conduta possui para tutelar o bem jurídico –, a lei penal também tem sua adequação investigada sob a ótica da norma de sanção. Nesse sentido, busca-se identificar se a ameaça de aplicação de pena oferece alguma proteção real ao bem jurídico. Sob esse ângulo, questiona-se se a lei penal apresenta concretamente alguma eficácia preventiva. Apesar da importância do longo debate sobre as funções que a pena criminal pode exercer¹²¹⁰, o fato é que o juízo de adequação incidente sobre a norma de sanção procura investigar se existe um vínculo positivo (de fomento) entre a cominação de pena e a prevenção em face de ofensas ao bem jurídico tutelado. Outras finalidades perseguidas pela lei penal só têm relevância para o controle de constitucionalidade se produzirem algum efeito sobre as finalidades preventivas¹²¹¹. Os efeitos simbólicos da lei penal ou mesmo a sua finalidade repressiva apenas adquirem importância e operacionalidade no juízo de adequação na medida em que impactem a sua função preventiva. Portanto, nenhuma finalidade não instrumental da pena deve ser considerada no juízo de adequação.

Apesar das diferenças com que o juízo de adequação se projeta sobre a norma de conduta e a norma de sanção, algumas características comuns devem ser ressaltadas. Em primeiro lugar, a construção de um sentido prático para o exame da adequação de leis penais só é possível a partir da reabilitação da categoria do bem jurídico. Embora se tenha defendido, em capítulo anterior, que a teoria do bem jurídico não resolve definitivamente todos os problemas de legitimidade da lei penal – pois não é capaz de oferecer uma resposta apriorística sobre o

¹²¹⁰ As teorias legitimadoras das penas citam diversas funções desempenhadas pela pena: (i) a função retributiva – de resposta ao mal; (ii) a prevenção geral negativa, segundo a qual o objetivo final da norma é a intimidação geral, por meio da anulação do impulso das ações delituosas, que é atingida com a imposição de um mal a alguém para que os outros se omitam de cometer outro mal; (iii) a prevenção geral positiva, que acentua que o objeto da pena deve ser o de recompor o sistema, com a formação de uma consciência coletiva ou com a valorização do caráter ético-social do direito, de modo que a proteção dos bens jurídicos dar-se-ia com a proteção dos valores de ação ético-social; (iv) a prevenção especial, a que faz referência expressa o art. 1º da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984), segundo a qual a pena objetiva neutralizar as motivações criminosas de quem cometeu o crime, impedindo-o de reincidir (QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005). Prevalece no Brasil a teoria dialético-unificadora de Claus Roxin, para a qual, nos momentos da cominação (ameaça) e da aplicação (imposição) das penas, desponta o caráter preventivo geral positivo e negativo; e no momento da execução da pena, sobreleva a função preventiva especial. Em suma, a aplicação da pena serviria “para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, por meio de um processo que salvguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa” (QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 67).

¹²¹¹ No Brasil, Salo de Carvalho afirma que “[...] das teorias clássicas sobre os fundamentos do direito de punir, a única idônea a ingressar na modernidade, dado o respeito ao pressuposto da secularização, seria a teoria da prevenção geral negativa” (CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 126).

conteúdo possível de todo o direito penal –, a importância do bem jurídico como categoria constitucional aparece com toda a força na aplicação do princípio da proporcionalidade às leis penais.

Só é viável utilizar o teste de adequação para a lei penal se for possível identificar com precisão e objetividade a finalidade por ela almejada. E essa finalidade não pode ser outra senão a proteção de bens jurídicos. Também só é viável manejar o teste de necessidade em face da lei penal se for possível comparar intensidades de realização da finalidade por ela perseguida. Novamente, essa comparação apenas pode ser realizada porque podem ser comparados os graus de proteção ao bem jurídico oferecidos por medidas alternativas com aquele manifestado pela medida adotada pelo Estado. Por fim, a importância do bem jurídico tutelado e a intensidade com que ele é ofendido ou colocado em perigo pela conduta criminalizada serão necessariamente considerados no juízo de proporcionalidade em sentido estrito da lei penal.

Não há dúvida, portanto, de que a categoria do bem jurídico constitui elemento essencial à aplicação do princípio da proporcionalidade no campo penal. Contudo, a sua funcionalidade não está ligada à delimitação prévia e integral dos bens jurídicos passíveis de tutela penal a partir da Constituição – na linha do que defendem Ferrajoli, Hassemer e Tavares –, mas sim à exigência instrumental de que a lei penal seja apta a proteger o bem jurídico (adequação), de que a lei penal não escolha arbitrariamente meios mais onerosos para tutelar o bem jurídico (necessidade) e de que a restrição a direitos fundamentais imposta pela lei penal seja compensada por uma proteção igual ou superior do bem jurídico (proporcionalidade em sentido estrito).

O primeiro teste do princípio da proporcionalidade, o juízo de adequação da lei penal, envolve, portanto, averiguar se a lei penal tem idoneidade para fomentar a tutela do bem jurídico. Faz-se necessário, nesse contexto, delimitar com maior precisão o modo de aplicação do juízo de adequação à lei penal em suas dimensões de proibição de conduta e de cominação de sanção.

6.5.1 O juízo de adequação da lei penal sob a ótica da norma de conduta

Se a finalidade da lei penal é a tutela do bem jurídico, o exame da adequação procura observar se o meio adotado pela norma de conduta – proibição de determinada conduta –

oferece algum grau de proteção ao bem jurídico. Caso a realização efetiva da conduta proibida lesione ou coloque em risco o bem jurídico, então a proibição dessa conduta pela norma de conduta apresenta uma relação de causalidade positiva com a tutela desse bem jurídico. A lei será inadequada, portanto, apenas quando a realização da conduta proibida não colocar em risco o bem jurídico tutelado. Essa formulação não apresenta maiores dificuldades em relação aos crimes de dano. Neles, como o resultado lesivo ao bem jurídico constitui elemento típico, fica mais fácil visualizar o nexo causal entre a realização da conduta proibida e o dano. A situação torna-se menos clara quando a finalidade perseguida pela lei é impedir a produção de risco de dano ao bem jurídico (crimes de perigo). A maior abstração do objetivo perseguido pela lei dificulta verificação da existência do vínculo causal entre a proibição da conduta (meio) e a criação do risco proibido (fim).

A ampliação do uso da técnica dos crimes de perigo tem sido apontada como uma das principais características do direito penal contemporâneo. Afirma-se, com frequência, que a necessidade de controlar grandes riscos que surgiram a partir dos avanços tecnológicos da segunda metade do século passado tornou indispensável a antecipação da proteção de bens jurídicos para uma etapa anterior ao dano efetivo. Para isso é que o legislador passou a se valer dos tipos de perigo, que se caracterizam pela criminalização de um comportamento que não depende da efetiva lesão do objeto da proteção penal, mas simplesmente da probabilidade de dano¹²¹².

Essa antecipação do âmbito de proteção para um momento anterior à efetiva lesão ao bem jurídico pode ocorrer pelo uso de duas técnicas de criminalização: (i) por meio dos *crimes de perigo abstrato*, o legislador torna a simples realização da atividade proibida relevante penalmente, sem exigir que tenha sido produzida uma situação de risco para os bens jurídicos protegidos¹²¹³; (ii) por meio dos *crimes de perigo concreto*, a realização do tipo demanda que a realização da conduta proibida tenha produzido efetivamente um perigo próximo para o bem jurídico. Nesse último caso, portanto, o perigo criminalizado não é o da simples realização da atividade, mas das consequências que dela derivam¹²¹⁴.

¹²¹² V., sobre o tema, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos civitas, 1999, p. 21 e ss.

¹²¹³ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2000, p. 78.

¹²¹⁴ RODRÍGUEZ, Cristina Méndez. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1993, p. 211.

No caso dos *crimes de perigo abstrato*, não se exige, em geral, qualquer alteração sensível no mundo material capaz de produzir um risco real ao bem jurídico¹²¹⁵. A mera realização da conduta proibida seria suficiente para a consumação do delito. Como então submeter a lei penal que se vale dessa técnica de criminalização ao juízo de adequação? É sabido que a adequação exige a demonstração de aptidão do meio adotado para a realização de um fim perseguido pela lei. Ocorre que, nos crimes de perigo abstrato, o fim perseguido pela lei consiste apenas em evitar que a conduta proibida seja realizada. Não seria possível identificar um estado material de coisas anterior à prática da conduta proibida e outro estado de coisas posterior à sua realização¹²¹⁶.

Nesse contexto, torna-se impossível afirmar a inadequação da lei penal, já que não é possível verificar a “*existência ou não de fatos e hipóteses que possam comprovar que a implementação da medida estatal altera a situação anterior, de forma que algum dos aspectos da finalidade perseguida pelo Estado seja realizado*”¹²¹⁷. Os crimes de perigo abstrato seriam, portanto, sempre legítimos sob o prisma da adequação ou da idoneidade, o que conduziria à anulação da fase de verificação da adequação da lei penal. Não sendo sequer possível dar sentido prático ao juízo de adequação da lei penal, a amplitude e generalidade do bem jurídico faria com que a própria indeterminação da restrição tornasse a medida que a concretiza inválida¹²¹⁸. Quando a excessiva abstração e generalidade do fim almejado pela lei impede a verificação da idoneidade do meio por ela adotado, supõe-se que a própria lei padeça de um

¹²¹⁵ Como afirmou o Ministro Cezar Peluso, “[a]s normas de perigo abstrato punem a realização de conduta, imaginada ou hipoteticamente, perigosa, sem a necessidade de configuração de efetivo perigo ao bem jurídico. A periculosidade da conduta típica é determinada ex ante, por meio de generalização, ou seja, de um juízo hipotético do legislador, fundado na idéia de mera probabilidade. O perigo atua como simples motivo, ratio de criação do delito, mas não chega a ser o resultado típico” (STF, HC 95861, Rel. Min. Cezar Peluso, Red. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 02.06.2015).

¹²¹⁶ Nesse sentido, Mariângela Gama de Magalhães Gomes defendeu que “o conceito de bem jurídico, ao contrário do que vem ocorrendo na prática legislativa, não pode assumir uma desmedida capacidade legitimadora, a ponto de prescindir de sua conformação ao princípio da ofensividade; não pode o seu conteúdo transformar-se de modo que, de principal fundamento da crítica aos delitos de perigo abstrato, converta-se em elemento justificante destes” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 120-121).

¹²¹⁷ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 181.

¹²¹⁸ *Ibid.*, p. 177.

vício de inconstitucionalidade (ainda que parcial) decorrente dessa exagerada indeterminação da finalidade perseguida¹²¹⁹.

A experiência jurisprudencial tem demonstrado que o teste da adequação ocupa, até o momento, uma função secundária no juízo da proporcionalidade. Isso porque a compreensão majoritária sobre o tema tem defendido que basta que a lei fomenta, ainda que parcialmente (em qualquer grau superior a zero), a finalidade por ela perseguida para seja atendido o requisito da adequação. Não importariam a extensão e a qualidade dos efeitos positivos da medida legislativa para a realização da finalidade pretendida: tais efeitos poderiam ser “*gerais ou específicos, abstratos ou concretos, previsíveis ou improváveis, de duração efêmera ou duradoura*”, pois em todos esses casos a medida seria adequada¹²²⁰. Sem qualificar juridicamente o tipo de impacto positivo sobre a realização da finalidade da medida legislativa que satisfaz o requisito da adequação, admite-se até mesmo que a lei penal – especialmente quando dotada de elevado grau de generalidade como nos *crimes de perigo abstrato* – se fundamente em frágil vínculo (improvável) entre a medida adotada e a contribuição positiva para a tutela do bem jurídico¹²²¹. Entretanto, essa variável da abstração ou concretude da

¹²¹⁹ A Corte Constitucional da Colômbia declarou a inconstitucionalidade de tipo penal que criminalizava o uso de documentos, licenças e números de identificação de veículos que sofreram perda total. Um dos principais fundamentos para a decisão foi exatamente a falta de identificação clara do bem jurídico tutelado: “a lei também não desenvolve o princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos, uma vez que sua tipificação não é diretamente orientada para a proteção dos bens jurídicos que poderia tutelar a receptação como a administração da justiça ou do patrimônio econômico, senão que se dirige a facilitar a punição de outros comportamentos passíveis de punição através de um mecanismo que prejudica de forma desproporcionada e desnecessária a liberdade econômica, uma vez que os salvamentos emitidos em virtude da perda total de um veículo são apresentados no âmbito da atividade seguradora que não relação com a comissão de comportamentos puníveis que se destinam a reprimir” (Sentencia C-365/12). A Corte Constitucional da Colômbia tem afirmado que a tipicidade tem um significado constitucional inegável e é uma expressão da influência da Constituição sobre o direito penal, pois constitui um dos pilares do princípio da legalidade, o que gera uma relação ampla e dinâmica com o direito fundamental ao devido processo. Nesse sentido, a Corte decidiu que a tipicidade como princípio manifesta-se no “(...) requisito de descrição específica e precisa pela norma criativa das infrações e sanções, dos comportamentos que podem ser sancionados e do conteúdo material das sanções que podem ser impostas por a comissão de cada comportamento, bem como a correlação entre um e outro” (Sentencia C-827 de 2011). Em síntese, a Corte Colombiana tem decidido que “a tipicidade é um princípio constitucional que faz parte do núcleo essencial do princípio da legalidade em matéria penal. Esse princípio está expresso na obrigação de o Legislador estabelecer de maneira clara, específica e precisa as normas que contenham condutas puníveis e suas respectivas sanções” (Sentencia C-181 de 2016).

¹²²⁰ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 171.

¹²²¹ A propósito, o Ministro Cezar Peluso afirmou: “[n]a sociedade do risco, nota-se ‘ênfase desmedida sobre a segurança antecipatória’. Para justificar a antecipação da tutela penal para momento anterior à efetiva lesão ao interesse protegido, ‘fala-se em prevenção e controle das fontes de perigo’ a que estão expostos os bens jurídicos, para ‘tratar situações antes não conhecidas pelo Direito Penal tradicional’. Para a previsão de determinada conduta como reprovável, constrói-se relação, meramente hipotética, entre a ação incriminada e a produção de perigo ou dano ao bem jurídico: ‘Em realidade, afastando-se das premissas materiais da teoria do bem jurídico, a vulneração da norma penal pode ser interpretada como simples violação de um dever outrora positivado. Em outras palavras,

finalidade almejada pela lei penal afeta decisivamente o teste da adequação: fins muito amplos e abstratos “*abrem espaço para que uma grande variedade de meios seja considerada adequada*”, fazendo com que a proporcionalidade perca “*sua função de defesa contra atos excessivos do poder público*”¹²²².

De fato, não é suficiente, para fins de verificação da adequação da medida restritiva de direito fundamental, que o legislador tenha eleito uma finalidade qualquer para justificar a sua intervenção: “[*é*] preciso que tal elemento de justificação tenha, ele mesmo, um sentido prático e dogmático”. Isso porque, caso essa exigência não seja observada, o teste da adequação se converte “*em um exercício de imaginação, em que fantasias criadas pelo autor da medida restritiva [sejam] avaliados como argumentos de justificação da intervenção no direito fundamental*”¹²²³. A excessiva abstração da finalidade almejada pela lei penal nos crimes de perigo abstrato produz consequências desastrosas para a aplicação do princípio da proporcionalidade e para o exercício do controle da legitimidade da lei pela jurisdição constitucional:

Voltado e direcionado à identificação do sentido prático e concreto da prova, o modelo dogmático da proporcionalidade é incompatível com especulações vazias e imaginárias. Introduzir tais elementos no teste da adequação anularia então todo o esforço de reconstrução e realinhamento da proporcionalidade, pois ela se tornaria, novamente, um procedimento argumentativo vazio de conteúdo. A jurisdição constitucional, por seu turno, estaria mais uma vez exposta a especulações e generalizações sem relevância prática ou dogmática. Os juízes constitucionais avaliariam se finalidades irreais podem ser atingidas por graus de fomento igualmente imaginários. Às voltas com tais fantasmas, seus argumentos seriam meras especulações vazias que concebem fins e meios como se estes fossem moinhos de vento.¹²²⁴

É necessário, portanto, dotar a lei penal de um mínimo de determinação da sua finalidade, para permitir a avaliação da sua legitimidade constitucional, especialmente à luz dos

o ilícito penal consiste na infração do dever de observar uma determinada norma, concentrando o injusto muito mais no desvalor da ação que viola o standard de segurança do que no desvalor do resultado – que se faz cada vez mais difícil identificar ou mensurar. Assim, em vez do tradicional elemento de lesão ao bem jurídico, aparece como pressuposto legitimador da imputação a desaprovação do comportamento que vulnera um dever definido na esfera extrapenal” (STF, HC 95861, Rel. Min. Cezar Peluso, Red. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 02.06.2015).

¹²²² LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 173-174.

¹²²³ *Ibid.*, p. 177.

¹²²⁴ *Ibid.*, p. 177.

juízos de idoneidade e necessidade. A Corte Constitucional da Colômbia registra interessante precedente por meio do qual se declarou a inconstitucionalidade de lei penal que criminalizava uma modalidade de receptação consistente em comercializar partes de veículos usadas sem demonstrar sua origem lícita. Nesse caso, a Corte considerou que a proibição da conduta não demonstrava aptidão para a tutela do bem jurídico, na medida em que criminalizava uma atividade socialmente adequada (comercializar peças usadas de veículos)¹²²⁵.

De fato, a excessiva espiritualização do bem jurídico associada à utilização da técnica dos crimes de perigo abstrato fazem dos momentos da verificação da adequação e da necessidade meras especulações, a partir das quais sempre sairão vencedoras as medidas legislativas em face da proteção dos direitos fundamentais restringidos¹²²⁶. A proporcionalidade serviria apenas para atribuir verniz de legitimidade constitucional à lei penal, sem demonstrar qualquer capacidade real de fiscalização da sua constitucionalidade. De acordo com Donini, quando o direito penal individualiza bens ou funções de forma puramente idealista – teórico-abstrata ou ideológica –, não há como verificar as autênticas funções preventivas realizadas pela lei penal com base em investigações empíricas¹²²⁷. Essa prevenção que não se sujeita à verificação não é mais do que um disfarce ideológico.

A reabilitação da função do princípio da proporcionalidade no controle de legitimidade dos delitos de perigo abstrato exige um esforço da jurisprudência para atribuir maior grau de determinação à finalidade almejada pelo tipo penal. Tanto a jurisdição ordinária quanto o próprio Tribunal constitucional podem cumprir essa tarefa de imputar à lei penal um mínimo de determinação e concretude à finalidade da lei, declarando a *“idoneidade da norma de conduta apenas quando se entenda que ela incorpora como requisito de tipicidade da conduta a comprovação da sua periculosidade ex ante no caso concreto”*, ou seja, exigindo a

¹²²⁵ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-205/2003.

¹²²⁶ A perda da referência material do bem jurídico é demonstrada pela tendência do direito penal contemporâneo de eleger bens jurídicos intermediários ou instrumentais que não oferecem condições para avaliação concreta da ofensividade ou da lesividade da conduta criminalizada. A decisão da Corte Constitucional da Itália de considerar constitucionais os delitos de clandestinidade e de ingresso de estrangeiro do território italiano é considerada um retrocesso em relação à anterior diretriz jurisprudencial da Corte que exigia a identificação clara de um bem jurídico diretamente tutelado pela norma como condição para sua validade. V., sobre o tema, MASERA, Luca. Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria ([Nota a sentenza] Corte cost. n. 250 del 2010), *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 53, n. 3, 2010, p. 1373-1395.

¹²²⁷ DONNINI, Maximo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo *et al* (coords). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

demonstração de que existe “*um perigo real na conduta, ainda que ele não se converta em um resultado de perigo concreto para o bem jurídico*”¹²²⁸.

O exame da idoneidade dos crimes de perigo abstrato só é possível se a sua finalidade tiver traços de determinação e materialidade. Para isso, é necessário vincular aos delitos de perigo abstrato a possibilidade de refutação empírica da presunção de periculosidade da ação¹²²⁹. A legitimidade da criminalização exige a possibilidade de o indivíduo refutar o vínculo positivo presumido entre a conduta e o risco efetivo ao bem jurídico. Essa imputação de um grau mínimo de determinação à finalidade da lei penal nos delitos de perigo abstrato pode ser realizada tanto no controle concreto como no controle abstrato de constitucionalidade¹²³⁰.

¹²²⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 409.

¹²²⁹ Proposta semelhante foi sustentada pelo Ministro Cezar Peluso no STF: “[e]stou, por isso, convencido de que deva estar caracterizado um mínimo de ofensividade, como fator de delimitação e conformação de condutas que mereçam reprovação penal. Nesse sentido, a aplicação dos instrumentos penais de atribuição de responsabilidade às novas realidades há de se restringir aos casos em que seja possível compatibilizar a nova tipificação com os princípios clássicos do Direito Penal. É certo que lesividade nem sempre significa dano efetivo ao bem jurídico protegido, mas, para se entender e justificar como tal, exige, pelo menos, que este de algum modo ponha em causa uma situação de perigo. Em não se percebendo nenhuma possibilidade de lesão, ainda que imaginária ou hipotética, a bem jurídico definido materialmente, perde-se todo o referencial de ofensividade. Por isso, ainda nos delitos de perigo abstrato, é preciso acreditar na perigosidade da ação (desvalor real da ação) e na possibilidade de resultado perigoso (desvalor potencial do resultado), como exigências do tipo. Demanda-se a presença de um desvalor, ao menos em caráter potencial e não irrelevante, no comportamento constitutivo de fato punível não lesivo ao bem jurídico. Em resumo, não é punível a conduta que não ponha em perigo, nem sequer em tese ou por hipótese, o bem jurídico protegido” (STF, HC 95861, Rel. Min. Cezar Peluso, Red. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 02.06.2015).

¹²³⁰ Um bom exemplo dessa operação pode ser extraído de precedente do STF que, sem rejeitar a compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com a Constituição, exigiu como requisito de tipicidade – no crime de porte de arma – a demonstração do perigo real da conduta praticada. Essa interpretação abre espaço para a refutação, em cada caso concreto, do vínculo presumido entre a conduta e a colocação do bem jurídico em perigo. Confira-se o seguinte trecho da ementa do julgado: “Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato: 1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. (...) 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municionamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica” (RHC 81057, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 25.05.2004).

No controle concreto, para que a medida seja considerada adequada é necessário que “se [exija] a comprovação do fomento concreto do fim visado pelo Legislador”¹²³¹. Nesse controle de natureza incidental, portanto, o objetivo é “saber se a aplicação concreta da lei é legítima e, para isso, é necessário concretizar o sentido de fins e meios e também saber qual a relação, igualmente concreta e específica, que pode legitimar a intervenção legislativa”¹²³². O mesmo resultado pode ser atingido pela utilização da técnica de decisão da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto que exclua do âmbito de incidência da norma penal as situações em que não se demonstre qualquer perigo real na conduta praticada¹²³³. O importante é garantir que a finalidade da lei penal não seja uma entidade puramente ideal, indeterminada e abstrata, pois isso faz com que desapareça qualquer pretensão de confirmação empírica da idoneidade da norma penal.

Como visto, a precisa identificação da finalidade da lei penal constitui fator essencial da sua legitimidade e permite a averiguação da sua constitucionalidade sob o prisma do princípio da proporcionalidade. A dissolução das bases materiais do bem jurídico pode mesmo chegar a impedir a formulação de qualquer juízo seguro sobre a aptidão do meio empregado para realizar qualquer tipo de tutela desse bem jurídico. Por isso, a identificação clara de um bem jurídico não integralmente espiritualizado constitui etapa prévia e necessária à submissão da lei aos juízos de adequação e necessidade. Daí a relevância da discussão sobre o modo mais adequado para identificar a finalidade a ser fomentada pela lei penal.

Para fins de aplicação do juízo de adequação, é amplamente aceita a compreensão de que devem ser combinados os critérios da intenção do autor da medida restritiva (vontade do legislador) e do sentido objetivo da norma controlada (vontade da lei). Entretanto, é cada vez mais comum a aprovação de leis penais sem a devida identificação prévia pelo legislador do bem jurídico tutelado. Nesses casos, em que a intenção do legislador ao criar a lei penal não é

¹²³¹ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 176.

¹²³² *Ibid.*, p. 176.

¹²³³ A propósito, registre-se que a distinção entre interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – ambas as técnicas importam anulação de normas – fica rarefeita “se deixarmos de olhar para o dispositivo e prestarmos atenção ao âmbito ou conteúdo normativos, visto que em ambos os casos haverá redução da sua substância prescritiva” (SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de.; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001).

clara, será necessário recorrer ao sentido objetivo da medida avaliada para determinar o bem jurídico tutelado. Essa vontade da lei que permite a individualização do bem jurídico protegido deve ser encontrada, em primeiro lugar, pela jurisdição ordinária. A jurisprudência das diferentes instâncias judiciais deve atribuir sentido prático à lei penal incriminadora. E ao STF caberá realizar o controle da constitucionalidade da finalidade da lei (eleição do bem jurídico) e da aptidão do meio adotado para atingir esse fim (adequação) a partir da configuração do bem jurídico resultante da conjugação da vontade objetiva da lei com a orientação jurisprudencial prevalente sobre o conteúdo do bem jurídico. O que o STF não pode tolerar é que a lei penal seja aplicada pelas instâncias ordinárias sem que tenha havido a delimitação clara do bem jurídico tutelado. Isso porque, como visto, a falta de identificação do bem jurídico obstaculiza a formulação do juízo de adequação – tanto em abstrato quanto em concreto – da lei penal incriminadora. Com isso, perdem-se todos os pontos de referência que garantem um patamar mínimo de racionalidade da lei incriminadora¹²³⁴.

6.5.2 O juízo de adequação da lei penal sob a ótica da norma de sanção

Depois de verificar a idoneidade da norma de conduta, passa-se ao exame da idoneidade da norma de sanção. Nessa fase, o subprincípio da adequação exige verificar se a cominação da sanção penal representa um meio apto a prevenir a realização da conduta proibida. Em outras palavras, procura-se averiguar se o meio empregado pelo legislador (cominação de pena à realização de certa conduta proibida) tem aptidão para concretizar o fim por ele almejado (proteção de determinados bens jurídicos). Esse juízo demanda uma discussão sobre a eficácia do direito penal e das suas sanções. Como afirma Gloria Mesa, em linha de princípio, o exame da idoneidade da lei penal deveria ficar circunscrito à verificação da capacidade efetiva que a cominação de sanção penal teria para influir no comportamento dos seus destinatários e, assim, reduzir concretamente os índices de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico tutelado¹²³⁵.

¹²³⁴ Nesse sentido, Ana Elisa Bechara afirma que “o bem jurídico segue com importância fundamental no estabelecimento material do delito, permitindo, a partir de sua análise, avaliar a relevância jurídico-penal de determinada conduta. Negar a função limitadora do bem jurídico significa, portanto, esvaziar sua função dogmática, convertendo a estrutura do delito em construção meramente espiritualizada, a possibilitar uma aplicação desmedida e autoritária do direito penal” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 144).

¹²³⁵ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 412.

Entretanto, como sustenta Gloria Mesa, a lei penal também produz efeitos simbólicos, presentes em quase todas as normas jurídicas, mas que desempenham papel especialmente relevante nesse campo específico. O importante é garantir que a lei penal não se transforme em instrumento puramente simbólico, não vocacionado a produzir efeitos protetivos reais para o bem jurídico tutelado¹²³⁶. Nas palavras de Gloria Mesa, o caráter problemático do sentido simbólico do direito penal se apresenta quando fica debilitada a vinculação entre esses efeitos simbólicos e o fim instrumental de proteger bens jurídicos: “*os efeitos simbólicos são legítimos apenas se, e na medida em que, contribuem para incrementar a eficácia instrumental da norma*”¹²³⁷, sendo esta última o verdadeiro parâmetro definidor para valorar a idoneidade de uma intervenção penal.

O caráter instrumental da lei penal é definido por sua capacidade de realizar a sua finalidade. Esse efeito instrumental pode ser atingido também em razão do efeito simbólico ou comunicativo da lei penal incriminadora¹²³⁸. O que importa é que a lei penal apresente algum efeito instrumental, independentemente do seu grau de vinculação ao caráter simbólico da proibição penal¹²³⁹. A função instrumental da lei penal está estreitamente vinculada à realização das finalidades preventivas da pena. O exame da aptidão da norma de sanção exige o reconhecimento das finalidades almejadas com a aplicação da pena. Esse tema tem sido objeto de debates ao longo de toda a história do direito penal e até hoje suscita dúvidas e questionamentos.

Apesar da intensa divergência a respeito das finalidades da pena, prevalece no Brasil a visão de que o Código Penal adotou a teoria dialético-unificadora da pena: “*no momento da cominação (ameaça), prepondera um caráter preventivo geral; no momento da aplicação*

¹²³⁶ Hassemer assim define o direito penal simbólico: “[...] ‘simbólico’, em sua compreensão crítica, consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma” (HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Tradução Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 221).

¹²³⁷ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 416.

¹²³⁸ A expressão “direito penal simbólico” é utilizada com o objetivo de enfatizar que o direito penal não pode se afastar do objetivo de oferecer proteção de bens jurídicos, e não com o objetivo de negar que as leis penais tenham um conteúdo simbólico. V. HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. Tradução de Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (ed.). *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995, p. 28.

¹²³⁹ Ana Elisa Bechara afirma que o direito penal é intrinsecamente simbólico, pois busca reforçar valores sociais reputados fundamentais. V. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 45.

(individualização), desponha o caráter preventivo especial positivo e negativo; no momento da execução da pena, sobreleva a função preventiva especial positiva”¹²⁴⁰. Essa teoria, defendida por Roxin e acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão, confere à pena as funções de retribuição, prevenção especial e prevenção geral¹²⁴¹. Como afirmou a Corte Constitucional da Colômbia, a pena desempenha um fim preventivo, representado pelo estabelecimento legal da sanção, um fim retributivo que se manifesta com a imposição judicial da pena, e, ainda, um fim ressocializador que orienta a execução da mesma¹²⁴². Nesse campo da discussão sobre as finalidades da pena, duas tendências recentes podem ser observadas: (i) a recuperação da teoria da retribuição negativa com o objetivo de limitar a pena à medida da culpabilidade; e (ii) a reanimação da função preventiva especial (reinserção social) da pena com a finalidade de impedir que o direito penal aprofunde a exclusão do infrator¹²⁴³.

De fato, a teoria retributiva da pena, embora não ofereça uma resposta satisfatória para o problema da eficácia do direito penal, tem sido reabilitada para prover um parâmetro de contenção do poder punitivo com base no princípio da culpabilidade. Essa teoria não explica, contudo, a conexão entre a pena e o bem jurídico. Não desempenha, portanto, um papel fundamentador do direito penal e da pena, mas meramente limitador da sanção¹²⁴⁴. Daí entrarem

¹²⁴⁰ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Parecer jurídico. *A Situação Carcerária no Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

¹²⁴¹ Para uma síntese dessa reunião de funções atribuídas à pena, v. a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia: “[a] pena em Estado Social de Direito tem fins eminentemente preventivos, o que é especialmente aplicável em sua etapa de execução: (i) a prevenção negativa geral implica a confirmação da dissuasão realizada na fase legislativa, (ii) a prevenção geral negativa tem como objetivo essencial impedir que o indivíduo sgia cometendo crimes, privando-os de sua liberdade ou privando-os de outros direitos que eliminem o risco de reincidência. (iii) a ressocialização é o objetivo mais importante da pena e procura fornecer ferramentas eficazes para aqueles que cometeram um crime possa se reintegrar à sociedade e (iv) prevenção geral positiva permite que a sociedade reestabeleça sua confiança no ordenamento jurídico mediante a aplicação da pena, ao ter a segurança de que à vulneração das normas se aplica uma consequência jurídica” (T 267, j. em 08.05.2015).

¹²⁴² Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-430, j. em 12.09.1996.

¹²⁴³ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Parecer jurídico. *A Situação Carcerária no Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

¹²⁴⁴ Nesse sentido, a seguinte decisão da Corte Constitucional da Colômbia: “Neste contexto, em um Estado Social de Direito, a retribuição não constitui um fim da execução da sentença, mas um limite para a determinação de sua modalidade e medida, aplicável em virtude do princípio da culpabilidade, em virtude do qual ‘a penalidade não pode exceder em sua duração a medida de culpa’. Assim, a retribuição é ‘o critério orientador da imposição judicial de sanções, pois deve haver certa proporcionalidade entre a pena, o crime e do grau de culpabilidade, o certo é que que o direito humanista abandona o retribucionismo como um fundamento essencial da pena, porque não é tarefa da ordem jurídica aplicar uma justiça absoluta, mais apropriada aos deuses do que aos seres humanos’. Neste campo, justa retribuição requer que a prisão do condenado não exceda o especificado por lei, caso contrário, seria violado o princípio da culpabilidade, referido no artigo 29 da Constituição, segundo o qual ‘o grau de culpabilidade

em jogo as teorias relativas, que procuram explicar o direito penal à luz das funções preventivas que ele pode desempenhar para tutelar os bens jurídicos¹²⁴⁵.

Como tem ressaltado o STF, o papel mais destacado que o direito penal pode desempenhar “*é o que a doutrina denomina de prevenção geral: as pessoas na vida tomam decisões baseadas em incentivos e riscos*”¹²⁴⁶. O caráter instrumental do direito penal está vinculado à sua capacidade para realizar funções preventivas¹²⁴⁷. As leis penais se dirigem à proteção de bens jurídicos e a sua idoneidade, sob a ótica da norma de sanção, depende da existência de um vínculo causal positivo entre a ameaça da pena e a sua eficácia preventiva¹²⁴⁸.

é um dos critérios básicos de sentença é, de modo que o seu autor é imposta uma sanção, mais ou menos, com base na aplicação juízo da entidade, ou seja, deve ser proporcional ao grau de culpabilidade” (T 267, j. em 08.05.2015).

¹²⁴⁵ Para uma síntese da importância e do alcance dessa visão que atribui especial relevo às funções instrumentais do direito penal, v. a sentença da Corte Constitucional da Colômbia assim redigida: “[a] pena em um Estado Social de Direito tem fins eminentemente preventivos, o que é especialmente aplicável em sua etapa de execução: A prevenção negativa geral procura gerar uma impressão para que todos os cidadãos não cometam crimes, dissuadindo futuros autores. Sobre esta finalidade, a Corte esclareceu que em virtude da mesma a pena ‘deve ter um efeito dissuasor, uma vez que o direito penal pretende que os indivíduos se abstenham de realizar o comportamento criminoso sob pena de incorrer em sanções’. Na execução da pena, a a prevenção geral negativa implica a confirmação de dissuasão realizada na fase legislativa, sem a qual seria impossível para cumprir seus objetivos, porque quando a lei penal não se aplica aos culpados se eliminam ou ao menos são reduzidos seus efeitos na comunidade. A prevenção especial negativa afirma que a pena também pode ter como missão impedir que o infrator cometa novos crimes contra a sociedade. Na execução da sentença esta finalidade visa essencialmente impedir que o indivíduo cometer mais crimes, seja por privação de liberdade ou através da privação de outros direitos, como desqualificação do exercício dos direitos e funções públicas, desqualificação do exercício da autoridade parental, tutela e curatela, privação do direito de conduzir veículos, privação do direito de possuir e portar armas, privação do direito de residir em certos lugares ou proibição de se aproximar ou contato a vítima e/ou membros de seu grupo familiar, que eliminam o risco de reincidência e são menos onerosos que o confinamento na prisão. A prevenção especial positiva indica que a função da punição é a reintegração do indivíduo à sociedade, também chamada de ressocialização. Este propósito foi reconhecido por este Tribunal afirmando que ‘deve olhar para a ressocialização do condenado, obviamente, respeitando a sua autonomia e dignidade, pois o objeto do direito penal em um Estado social de direito não é de excluir o infrator do pacto social, mas buscar sua reintegração nele’. Este propósito é o mais importante na fase de execução da pena, pois faz com que a mesma gire em torno do indivíduo e ao respeito pela sua dignidade humana e não sua instrumentalização processual” (T 267, j. em 08.05.2015).

¹²⁴⁶ V. voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da ADC 43 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 05.10.2016.

¹²⁴⁷ Mesmo em sistemas em que a ressocialização constitui finalidade expressa na Constituição, a prevenção geral constitui uma relevante fundamentação da pena. V., a propósito, as seguintes decisões do Tribunal Constitucional da Espanha: STC 110/2003, de 16 de junho; 248/2004, de 20 de dezembro; 320/2006, de 15 de novembro; 57/2007, de 12 de março.

¹²⁴⁸ Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha, que aponta as mais diversas finalidades legítimas que a pena criminal pode assumir na ordem jurídica, agrupadas sob o rótulo de funções preventivas: “o legislador criminal, para fixar o relacionamento de proporção que deve manter um comportamento criminoso típico com a sanção atribuída, ‘deve atender não somente ao propósito essencial e direto de proteção ao qual responde a norma, mas também para outros fins legítimos que pode prosseguir com a pena e as diversas formas em que opera e que poderiam ser categorizadas como suas funções ou fins imediatos: as várias maneiras pelas quais a cominação abstrata de punição e sua aplicação influenciam no comportamento dos destinatários da norma – intimidação, eliminação da vingança privada, consolidação de convicções éticas gerais, reforço do sentimento de lealdade à ordem, ressocialização, etc. – e que se classificam doutrinariamente sob as denominações de prevenção geral e prevenção especial. [...] A reintegração social é um desses propósitos que, de acordo com o

Em regra, o direito penal apresenta algum tipo de eficácia dissuasória, ainda que esse efeito seja produto de uma ampla gama de outras relações causais – *e.g.* relações econômicas, sociais e políticas. Apesar das dificuldades de comprovação da eficácia preventiva geral (positiva e negativa) do direito penal, parece certo, como afirma Silva Sánchez, que “*o direito penal intimida*”¹²⁴⁹. Esse consenso estreito em torno da ideia de que a ameaça da pena possui algum sentido intimidatório capaz de criar incentivo para a proteção dos bens jurídicos – mesmo nessa versão mais autocontida ainda bastante contestada – apenas autoriza a conclusão de que “*o sistema penal em seu conjunto pode produzir efeitos preventivos*”, mas isso não significa que se deva “*reconhecer esses efeitos igualmente a todas e cada uma das normas penais*”¹²⁵⁰.

Embora se reconheça que, de modo geral, a pena criminal apresenta algum tipo de eficácia preventiva¹²⁵¹, não há uma presunção absoluta e inafastável de que toda lei penal realiza efetivamente essa função preventiva. A presunção de que a ameaça de sanção criminal possui alguma eficácia preventiva pode ser debilitada e até afastada em relação a certas leis penais incriminadoras. As dificuldades de investigação sobre a eficácia preventiva da lei penal – especialmente da sua norma de sanção – são conhecidas e passam inevitavelmente pela impossibilidade de isolar corretamente os diversos fatores que afetam o fenômeno criminal. Nada obstante, em algumas situações excepcionais estudos empíricos dotados de notável densidade indicam que certas leis penais não realizam minimamente essa função preventiva.

mandato Constitucional (artigo 25.2 CE), devem estar orientadas as sanções e medidas privativas de liberdade, mas não é a única tarefa com a qual as penalidades operam para satisfazer a proteção de bens jurídicos, [...] (STC 167/2003, de 29 de Setembro e 299/2005, 21 de novembro). [...] Pode-se afirmar, portanto, que o propósito da reintegração social se projeta essencialmente sobre a fase de execução, em que se materializa a afetação do direito à liberdade (artigo 17.1º CE) de quem é punido criminalmente, mas deve harmonizar-se com outros fins legítimos de punição, que adquirem maior destaque em outros momentos da intervenção do *ius puniendi*. Em particular, o propósito da prevenção geral, tanto em sua vertente de dissuasão de potenciais criminosos através da ameaça de punição, como de reafirmação da confiança dos cidadãos em relação às normas penais, constitui igualmente um mecanismo indispensável para a proteção de bens jurídicos” (STC 160/2012, de 20 de setembro).

¹²⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 220.

¹²⁵⁰ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 428.

¹²⁵¹ Para Gloria Mesa, o juízo de idoneidade da norma sanção deve se concentrar sobre o cumprimento dos efeitos preventivos gerais da pena, nas suas dimensões negativa (intimidatória) e positiva (integradora), pois apenas esses é que podem ser realizados pela simples cominação abstrata da punição criminal. Segunda a mesma autora, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, a função ressocializadora da pena funciona como critério negativo, apto a invalidar sanções abertamente contrárias à ressocialização, como a prisão perpétua ou as penas privativas de liberdade tão longas que tenham o mesmo efeito da pena perpétua. V. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 419-420.

Em precedente de 1993, por exemplo, a Corte Constitucional da Colômbia declarou inconstitucional a elevação de pena para o delito de lançamento de substâncias ou objetos perigosos, realizada por uma lei transitória, por considerar que o caráter transitório do incremento de pena constituía prova da inidoneidade desse incremento punitivo¹²⁵².

Outros exemplos podem ilustrar essa falta de aptidão da lei penal para alcançar o objetivo almejado pela criminalização. Como ressaltou Gloria Mesa, “*tem-se questionado a capacidade preventiva de cominações penais dirigidas a assegurar normas de conduta que entram em conflito com as crenças morais de amplos grupos da população*”, assim como também tem-se criticado “*a penalização de condutas que o indivíduo realiza em circunstâncias de pressão, como acontece, na visão de Ferrajoli, com ‘o aborto, o adultério, o concubinato, a mendicância, a fuga de presos ou o uso de drogas ilícitas, cuja proibição, assinala esse autor, ‘é inútil na medida em que se demonstre que está destinada a não surtir efeito’*”¹²⁵³. Seguindo essa linha de raciocínio, a Corte Constitucional da Colômbia declarou a inconstitucionalidade da lei que estabeleceu uma circunstância agravante para o aborto praticado em menor de quatorze anos com seu consentimento, por considerar que faltava à norma idoneidade para cumprir com a finalidade de proteção das mães menores¹²⁵⁴.

Uma certa tendência inercial de considerar que toda pena criminal possui aptidão para realizar função preventiva – e, portanto, oferecer alguma tutela aos bens jurídicos – não pode impedir o debate sobre se cada tipo penal, particularmente considerado, demonstra tal idoneidade¹²⁵⁵. Apesar das dificuldades metodológicas de investigar as causas da ineficácia de

¹²⁵² Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-275/1993.

¹²⁵³ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 429-430.

¹²⁵⁴ Nesse caso, a Corte Constitucional da Colômbia chegou a afirmar que a lei se revelava contraproducente naqueles casos em que fosse necessário praticar um aborto para garantir a vida ou a saúde da menor grávida. V. Sentencia C-355/2006.

¹²⁵⁵ Verifica-se, a esse respeito, certa tendência de afirmar a adequação da lei penal de forma quase automática. Quando se coloca em dúvida a aptidão da lei para fomentar a prevenção geral, costuma-se recorrer à prevenção especial negativa, que estará sempre presente, em alguma medida, no momento da aplicação concreta da pena. Ao reconhecer a constitucionalidade da lei que impôs a pena obrigatória de afastamento para determinados crimes, o Tribunal Constitucional da Espanha, depois de tecer consideração genérica sobre a capacidade global do direito penal para prevenir condutas criminosas, sublinha a prevenção especial como critério para afirmar a adequação da lei: “Nesta ordem de coisas, não parece questionável que a ameaça da sanção prevista no art. 57.2 A PC pode ajudar a influenciar o comportamento dos seus destinatários, dissuadindo-os de levar a cabo no futuro os comportamentos desvalorizados pelo legislador através dos tipos penais correspondentes. A contribuição positiva do preceito questionado para a proteção desses ativos legais é especificada, como regra de sanção, em sua função preventiva de futuras lesões, que, por sua vez, é articulada por meio de dois mecanismos. Por um lado, a ameaça da imposição da penalidade acessória da alienação, bem como a penalidade principal, deve, em princípio, ser

certas leis penais, não é impossível verificar que a punição criminal de certas condutas não tem produzido qualquer impacto positivo relevante para proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal. A persistência por longo período de um quadro de falta de aptidão efetiva da lei penal para impactar certas práticas arraigadas na comunidade pode autorizar, segundo a lógica marcadamente utilitarista do princípio da proporcionalidade, a transformação genética da ineficácia social da norma em invalidade por violação ao subprincípio da adequação¹²⁵⁶. Mesmo se adotando uma postura de autocontenção no controle de constitucionalidade das leis penais, é possível vislumbrar situações em que a tentativa de dissuadir mediante a ameaça da pena não se converte em realidade, abrindo espaço para o reconhecimento da falta de idoneidade da norma de sanção. Por isso, “*cada vez mais, o exame da adequação tem demandado evidências empíricas sobre a efetividade da lei*”¹²⁵⁷.

Na visão de Gloria Mesa, são dois os requisitos exigidos para a declaração de inconstitucionalidade da lei penal por falta de idoneidade da norma de sanção: (i) o primeiro “*é que o legislador não logre respaldar, com base em premissas empíricas baseadas no conhecimento técnico e científico disponível, que sua intervenção pode contribuir para a proteção do bem jurídico que pretende garantir*”; (ii) o segundo “*é que se possa estabelecer, com base em premissas dotadas do mesmo respaldo, que a intervenção penal, além de não produzir efeitos apreciáveis em ordem a proteger o bem jurídico, se revela contraproducente para alcançar dito fim*”¹²⁵⁸. Essa proposta de parametrização do controle de adequação das normas de sanção criminal contribui, de um lado, para ressaltar a possibilidade de averiguação da constitucionalidade das leis penais sob a ótica da sua efetiva funcionalidade. Por outro lado,

considerada efetiva em termos da prevenção geral de futuras agressões contra esses direitos legais, especialmente levando-se em conta que A natureza prescritiva do primeiro contribui para aumentar a certeza da resposta sancionadora. Seria, evidentemente, possível uma penalidade obrigatória, em atenção aos vários fatores que influenciam a sua função de motivação, foram para implantar eficácia instrumental alguns a partir da perspectiva de prevenção geral [...] Por outro lado, a ameaça da imposição da pena de remoção também cumpre uma função especial de prevenção, particularmente no que diz respeito à reiteração criminal contra a própria vítima” (Sentencia 60/2010, de 7 de outubro de 2010).

¹²⁵⁶ Para Raquel Scalcon, “a constatação da plena – ou quase plena – inocuidade fática do meio empregado (lei penal) pode conduzir à invalidade de sua utilização, por ensejar restrições a direitos fundamentais sem real contrapartida” (SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 41).

¹²⁵⁷ UNDURRAGA, Verónica. O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto. Tradução de Cristina Teles. *Publicum*, v. 2, n. 2, p. 15-44, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/25160/18097>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

¹²⁵⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 432.

a visão tradicional de que o direito penal globalmente considerado possui certa eficácia preventiva não deve obstar a investigação sobre a real aptidão de cada tipo penal e da sua correspondente sanção para oferecer alguma contribuição real à tutela do bem jurídico.

Os questionamentos acerca da constitucionalidade da criminalização do aborto voluntário nos primeiros três meses de gestação e do porte de drogas para uso pessoal se baseiam precisamente nesse tipo de constatação da falta de idoneidade da ameaça da sanção criminal para impactar positivamente na proteção dos bens jurídicos tutelados. O juízo de adequação da lei penal, sob esse ângulo, exige avaliação segura de premissas empíricas relacionadas à aptidão instrumental da ameaça de cominação de sanção criminal para realizar algum efeito preventivo capaz de tutelar o bem jurídico. Aqui ganham relevância, mais uma vez, o *giro empírico-pragmático* e a *virada pragmática* referidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Essa mudança de postura sugere (i) a valorização do conhecimento empírico e científico e (ii) a necessidade de a jurisdição constitucional dar maior atenção aos efeitos práticos produzidas pela lei e também por suas próprias decisões¹²⁵⁹. Não há como realizar um controle efetivo da constitucionalidade das leis penais sem abandonar o vício de limitar a argumentação jurídica ao contraste entre normas e apostar na investigação dos fatos que dão vida à realidade normativa enfrentada¹²⁶⁰. Como afirmou o Ministro Gilmar Mendes no voto

¹²⁵⁹ Confira-se trecho das anotações para manifestação oral do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do HC 152.752: “1. O direito público, em geral, e o direito constitucional, em particular, experimentou, em todo o mundo, nas últimas décadas, duas importantes mudanças de paradigmas. A primeira delas foi a vitória do constitucionalismo democrático como a ideologia vitoriosa do século XX. Seu marco mundial é a reconstitucionalização da Europa após o segundo pós-guerra e, no Brasil, foi a promulgação da Constituição de 1988. Este chamado giro constitucional-democrático repercutiu sobre a limitação do poder, a participação política, a centralidade dos direitos fundamentais e a ascensão institucional das cortes constitucionais. 2. A segunda mudança de paradigma encontra-se ainda em fase de desenvolvimento no Brasil, enfrentando ideias antigas e arraigadas. Trata-se do giro empírico-pragmático, que procura nos libertar de discursos tonitroantes e da retórica vazia, descompromissada do mundo real. O empirismo significa a valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas. Daí a demanda crescente por pesquisas, dados e informações como elementos essenciais para a tomada de decisões. [...] Já a virada pragmática se assenta na busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos. Conforme uma sistematização de amplo curso, o pragmatismo filosófico apresenta três características essenciais³. A primeira é o antifundacionalismo, no sentido de não buscar um fundamento último, de ordem moral, para justificar uma decisão. A segunda é o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. E, por fim, e muito particularmente, o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

¹²⁶⁰ Esse vício foi identificado por Donini, que afirmou que as Cortes Constitucionais têm se perpetuado como Tribunais que argumentam apenas com valores e que não têm conhecimento empírico. O exame da idoneidade, nesse contexto, não está sustentado em saber científico. V. DONNINI, Maximo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo *et al* (coords). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

que reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, “a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal”¹²⁶¹.

A aplicação do critério da adequação para controlar a legitimidade constitucional de leis penais exige avaliar resultados empíricos da criminalização para tornar viável a verificação da aptidão real da ameaça de pena na prevenção de ataques aos bens jurídicos tutelados. Isso exige, em linha com o que defendeu o Ministro Gilmar Mendes, que o Tribunal, “[n]o âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal” se inteire, na maior medida possível, “dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na concepção de determinada política criminal, pois do conhecimento dos dados que serviram de pressuposto da atividade legislativa é que é possível averiguar se o órgão legislativo utilizou-se de sua margem de ação de maneira justificada”¹²⁶².

Apesar da elevada importância que tais fatos legislativos passam a desempenhar no controle de constitucionalidade de leis penais, esses diagnósticos e prognósticos legislativos se submetem ao crivo da jurisdição constitucional. É evidente que não cabe ao STF substituir o legislador na atividade de dimensionar o problema a ser enfrentado e construir as possíveis soluções. No campo penal, portanto, a decisão sobre a eleição dos bens jurídicos merecedores de tutela penal, a modalidade de criminalização (norma de conduta) e a gravidade da pena (norma de sanção) deve ser tomada pelo legislador. A jurisdição constitucional não deve servir para realizar escolhas políticas mais convenientes nem para otimizar a realização de princípios constitucionais com desprezo às ponderações legislativas sobre esses mesmos princípios¹²⁶³. Daí porque o controle de adequação das leis penais não deve buscar soluções perfeccionistas que garantam elevado grau de eficácia preventiva do direito penal. O objetivo é apenas afastar

¹²⁶¹ RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído). V. íntegra disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

¹²⁶² RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

¹²⁶³ Nesse sentido, Díez Ripollés sustenta que não se pode proceder propriamente a uma avaliação da conveniência, qualidade ou perfectibilidade da norma, senão uma verificação de seu enquadramento constitucional, de modo que ela suponha um sacrifício densencessário para os direitos fundamentais. V. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 75, set./dez. 2005, p. 85.

escolhas legislativas irracionais, que optem pela criminalização e cominação de sanção penal em contextos fáticos de absoluta ausência de eficácia da lei penal.

Nesse contexto, a proposta de Gloria Mesa de permitir a invalidação da lei penal apenas quando a intervenção penal, além de não proteger o bem jurídico, se revelar contraproducente para alcançar dito fim reproduz uma atitude injustificável de maior deferência ao legislador penal. A visão tradicional acerca do juízo de proporcionalidade afirma que a inadequação da medida restritiva de direitos fundamentais se faz presente quando ela não se mostrar apta a realizar o fim almejado. Por essa razão, a exigência de demonstração segura de que a lei penal produz como consequência o aumento da lesão ou de risco de lesão ao bem jurídico tutelado eleva drasticamente o ônus argumentativo daquele que questiona a constitucionalidade da lei incriminadora.

De fato, a prova de que a opção pela criminalização é contraproducente em relação ao objetivo de proteger o bem jurídico é difícilima – quase impossível. A adoção de parâmetro tão restritivo de controle da adequação da norma de sanção criminal resultaria na anulação da operatividade do subprincípio da adequação em matéria penal, com a perda de toda a sua importância dogmática. Basta para o reconhecimento de que a lei é inadequada a comprovação de que ela não contribui de forma minimamente relevante para a realização da proteção ao bem jurídico¹²⁶⁴. Embora o caráter contraproducente da lei ofereça maior grau de segurança para a sua invalidação, ele não é requisito necessário para comprovar sua inadequação¹²⁶⁵.

Aliás, essa prova de que a lei não contribui de forma minimamente relevante para a realização da proteção ao bem jurídico não cabe inteiramente àquele que contesta a constitucionalidade da lei. A intensificação do controle material de constitucionalidade das leis penais tem como consequência uma redistribuição do ônus argumentativo entre o legislador e os indivíduos. Cabe ao legislador justificar, especialmente no âmbito do controle jurisdicional

¹²⁶⁴ A orientação jurisprudencial do Tribunal Constitucional da Espanha acolhe esse entendimento ao afirmar que a adequação da pena exige que se verifique a sua relação com os fins que com ela persegue o legislador penal, de modo que seu exame passa por comprovar se a cominação penal que realiza o preceito é ou não um meio adequado para proteger bens jurídico-constitucionais tutelados por tipos penais. V. Sentencia 60/2010, de 7 de outubro.

¹²⁶⁵ De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha, a medida deve ser reputada inidônea ou inadequada se entorpece ou, inclusive, se resulta indiferente para satisfação da sua finalidade. V. Sentencia 60/2010, de 7 de outubro. A mera indeferença é considerada suficiente para a declaração de inconstitucionalidade da medida restritiva. Não poderia ser diferente. A restrição ao direito fundamental não se justificar se o resultado pretendido pelo legislador não for alcançado.

de constitucionalidade, a aptidão da lei penal para realizar, ainda que em grau reduzido – embora não desprezível –, funções preventivas. Ao impugnante da lei caberá apresentar os primeiros indícios de inidoneidade da lei e contestar razoavelmente os argumentos aduzidos pelo legislador na defesa da constitucionalidade da lei.

Por isso, nem sempre a falta de elementos seguros para afirmar a inadequação da lei penal conduzirá ao reconhecimento jurisdicional da sua validade. Nos casos em que haja elementos empíricos relevantes sugerindo a inaptidão da lei penal para oferecer proteção ao bem jurídico tutelado, a absoluta falta de justificação por parte do legislador poderá conduzir o Tribunal a optar pela invalidação da medida restritiva, especialmente se os direitos fundamentais restringidos pela lei (tanto pela norma de conduta quanto pela norma de sanção) forem dotados de particular relevância axiológica e o grau de presunção de constitucionalidade da lei for baixo.

Tais ideias ganham relevância no exame da adequação da lei que criminaliza o aborto voluntário nos três primeiros meses de gestação. Embora existam estudos que defendam a tese de que a criminalização revelaria uma ofensa ao princípio da igualdade sob a ótica de gênero, por se basear em estereótipos negativos da mulher incompatível com a sua dignidade, prevalece em geral a compreensão de que o fim da lei penal (proteção do nascituro) não seria ilegítimo. A questão mais relevante, no juízo de adequação, se coloca em relação à aptidão da ameaça de punição para alcançar o fim legítimo perseguido pela norma.

É nesse contexto que se eleva a importância da verificação da eficácia instrumental da lei penal. Como afirmou Verónica Undurraga, há uma tendência atual dos tribunais de expressar o juízo de adequação por meio de uma análise da presença de certa eficácia da lei¹²⁶⁶. Em relação à criminalização do aborto, refere a autora estudos que comprovavam que leis altamente restritivas “*não estão associadas a taxas menores de interrupção gestacional*” e também que “*a proporção de mulheres que vivem sob leis liberais em matéria de aborto é inversamente associada à taxa de aborto existente nas diferentes regiões do mundo, o que talvez possa ser mais bem compreendido pelo fato de a quantidade de mulheres que gostariam de utilizar*

¹²⁶⁶ UNDURRAGA, Verónica. O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto. Tradução de Cristina Teles. *Publicum*, v. 2, n. 2, p. 15-44, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/25160/18097>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

métodos anticoncepcionais modernos, mas não têm acesso a eles, ser menor nas regiões em que vigoram leis liberais sobre aborto do que naquelas dominadas por normas restritivas”¹²⁶⁷.

Assim, fica clara a necessidade de superar a ideia de que as leis penais gozam de presunção absoluta de idoneidade em razão da sua inerente capacidade intimidatória. A eficácia instrumental ou preventiva da lei penal deve ser comprovada em relação a cada lei penal especificamente considerada. Há casos em que o direito penal pode não mostrar aptidão concreta para tutelar o bem jurídico. A ineficácia instrumental da criminalização do aborto já foi, inclusive, reconhecida pelos Tribunais Constitucionais da Alemanha e de Portugal¹²⁶⁸. Esses Tribunais aludiram à ineficácia da medida penal no caso do aborto para declarar a constitucionalidade de leis que descriminalizaram o aborto nos meses iniciais de gravidez. Não é irrelevante o fato de que nesses países a decisão do Tribunal Constitucional manteve opção feita pela própria lei. Mas também não é menos importante o fato de que tais decisões reconheceram a falta de aptidão instrumental da lei penal para atingir o objetivo pretendido.

Nesses casos, o aspecto mais relevante das decisões residiu precisamente na superação do dogma da insindicabilidade da eficácia concreta das leis penais. Se todas as leis restritivas de direitos fundamentais estão sujeitas ao controle de adequação, com maior razão esse controle deve incidir sobre as leis penais. Por isso, a jurisdição constitucional não pode mais se contentar com a eficácia meramente simbólica da lei penal para justificar a sua adequação. É necessário que se demonstre que a lei penal possui idoneidade suficiente para fomentar no mundo real o

¹²⁶⁷ UNDURRAGA, Verónica. O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto. Tradução de Cristina Teles. *Publicum*, v. 2, n. 2, p. 15-44, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/25160/18097>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

¹²⁶⁸ A esse respeito, confira-se a síntese dessa orientação jurisprudencial feita por Verónica Undurraga: “O Tribunal alemão foi um dos primeiros em que se verificou essa mudança de postura. Em 1993, a Corte reviu seu entendimento anterior e aceitou a constitucionalidade de uma lei que autorizava a mulher a optar pelo aborto nos meses iniciais da gestação, depois de um aconselhamento dissuasivo e um período de espera. O Tribunal admitiu que ‘ao menos na primeira etapa da gestação... a proteção efetiva da vida do nascituro só é possível com a colaboração da mãe’. Argumentou, então, que ‘o segredo em relação ao nascituro, a vulnerabilidade e a dependência deste e seu vínculo único com a mãe parecem justificar a ideia de que as chances de o Estado protegê-lo são maiores se trabalhar em conjunto com a mãe’. Em outras palavras, a Corte reconheceu que a criminalização não era capaz de proteger a vida do nascituro e que o legislador tinha direito a promulgar uma lei alternativa, mais efetiva na regulação da matéria. Em 2010, o Tribunal português seguiu o mesmo caminho e, aludindo à ineficácia da Direito Penal, confirmou a constitucionalidade de uma lei que descriminalizava o aborto nas dez primeiras semanas de gestação. O Tribunal afirmou que: ‘mais do que com os limites do direito penal, nos vemos confrontados, aqui, com os limites do Direito’. No julgamento, o Tribunal reviu a adequação da criminalização, assentando a incapacidade da medida não apenas para diminuir as taxas de aborto, mas também para criar ‘um ambiente propício à decisão pela continuidade da gravidez’” (UNDURRAGA, Verónica. O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto. *Op. cit.*).

grau de proteção oferecido ao bem jurídico tutelado, pois, do contrário, a lei deverá ser invalidada¹²⁶⁹.

Esse vínculo material tangível entre a intervenção penal e a proteção efetiva do bem jurídico tem sido objeto de maior preocupação dos estudos empíricos nos últimos anos, pois surgiu no horizonte da jurisdição constitucional um espaço para o controle da eficácia da lei penal. Tal controle tem um objetivo claro: afastar as medidas restritivas de natureza penal que não produzam impacto minimamente relevante no fomento da proteção do bem jurídico. O direito penal não serve apenas para reafirmar valores ou demarcar posições ideológicas, mas para realizar objetivos concretos de proteção dos bens jurídicos. Essa dimensão material da tutela penal constitui elemento central desse ponto de inflexão da jurisdição constitucional na direção da limitação do poder punitivo estatal.

6.5.3 Uma síntese da proposta de renovação do juízo de adequação das leis penais

O estado da arte do desenvolvimento do princípio da proporcionalidade não mais se satisfaz com o simples anúncio pelo legislador de uma intenção de proteger bens jurídicos por meio da lei penal. Como alertou Donini, o direito penal não pode mais se basear exclusivamente em uma mescla de política criminal com dogmática penal, geridas pelo intérprete¹²⁷⁰. O direito penal exige conhecimento empírico e orientação para as consequências. Daí porque é necessário reabilitar o juízo de adequação no campo penal, conferindo-lhe sentido prático. Para isso alguns passos são necessários.

Em primeiro lugar, o juízo de adequação só se torna minimamente operativo se a finalidade almejada pelo legislador tiver um mínimo de determinação e concretude. Sob a ótica da norma de conduta, isso significa que o bem jurídico tutelado não pode ser completamente espiritualizado – indeterminado e abstrato – sob pena de inviabilizar o teste de aptidão do meio adotado para a realização do fim eleito pelo legislador¹²⁷¹. Nos crimes que adotem bens jurídicos

¹²⁶⁹ V., nesse sentido, SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 121.

¹²⁷⁰ DONNINI, Maximo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo *et al* (coords). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

¹²⁷¹ Raquel Scalcon defende a ideia de que não é possível aceitar “que o meio seja adequado em abstrato, isto é, hipoteticamente. É preciso que ele o seja *in concreto*, realmente” (SCALCON, Raquel Lima. *Controle*

completamente desprovidos de materialidade e também nos crimes de perigo abstrato, caberá à jurisdição ordinária, preferencialmente, e à jurisdição constitucional, subsidiariamente, identificar um bem jurídico determinado e uma possibilidade real de ofensa ao bem jurídico como requisitos de validade da lei penal incriminadora. Do contrário, caso não seja possível delimitar interpretativamente esses requisitos, a própria norma de conduta será inconstitucional por excessiva indeterminação. Só assim será possível garantir que o juízo de adequação tenha aplicação efetiva tanto no controle concreto – na averiguação do potencial ofensivo da conduta imputada ao acusado – como no controle abstrato – na investigação sobre a idoneidade da proibição da conduta para proteger o bem jurídico.

Em segundo lugar, em relação à norma de sanção, o juízo de adequação exige averiguar a capacidade que a ameaça de apenação tem para prevenir ataques ao bem jurídico tutelado. Embora a opção pela criminalização de uma conduta e consequente cominação de pena exerça simultaneamente funções instrumentais (de proteção de bens jurídicos) e simbólicas (de comunicação da relevância do bem jurídico e da proibição de conduta), essas funções simbólicas só têm relevância para o juízo de adequação na medida em que se convertam em funções instrumentais¹²⁷². A única finalidade que serve de referência para o juízo de adequação é a instrumental¹²⁷³. Daí porque tem ganhado especial importância a defesa das finalidades preventivas da pena.

constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 103).

¹²⁷² De acordo com Carolina Dzimidas Haber, “[é] importante ressaltar que a afirmação de que uma norma foi editada com fins simbólicos não significa afirmar que estará condenada à ineficácia instrumental, e tampouco afirmar que uma norma fracassou significa dizer que foi editada com propósitos de legitimação e não de eficácia instrumental. Além disso, dizer que uma norma possui eficácia simbólica não implica em dizer que ela não produz efeitos materiais; de outra forma, é possível atestar que, nesse caso, a norma simplesmente não produz os efeitos materiais que prevê expressamente e que foram a razão alegada pelo legislador para produzi-la” (HABER, Carolina Dzimidas. *A eficácia da lei penal: análise a partir da legislação penal de emergência (o exemplo do regime disciplinar diferenciado)*. 2007. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 133-134).

¹²⁷³ Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha fala em adequação no sentido de que a medida deve ser instrumentalmente apta para a persecução da finalidade almejada. V. STC 136/1999, de 20 de julho, FJ 23. Seguindo esse mesmo entendimento, Gustavo Marin afirma que “[a] proporcionalidade em sentido amplo aplicada ao campo penal constitui um referencial eminentemente funcional: no plano da idoneidade, busca-se aferir a adequação ou inadequação da intervenção punitiva às finalidades da tutela penal; no da necessidade, por sua vez, a existência ou inexistência de meios – jurídicos e extrajurídicos – menos lesivos, porém igualmente eficazes na consecução dos objetivos anteriormente definidos; e, por fim, no estágio da proporcionalidade em sentido estrito, o que se pretende é a aferição das vantagens e desvantagens decorrentes da intervenção penal, podendo-se considerar proporcional a medida que não implique mais custos que benefícios. O que se nota destas inferências é que, especificada ao direito penal, a proporcionalidade em sentido amplo implica que a intervenção punitiva seja norteadada por parâmetros funcionais de utilidade social, o que enseja um juízo de adequação a fins e de eleição de meios dentre diversos possíveis, consistindo assim em um espaço de ampla aplicabilidade do critério da proporcionalidade” (MARIN, Gustavo de Carvalho. *Verificação da proporcionalidade na interpretação do*

A função retributiva tem exercido apenas o papel de limitação da sanção, sem lhe servir de fundamento. Nesse contexto, a norma de sanção será adequada se demonstrar aptidão para contribuir positivamente para a tutela do bem jurídico. Embora o direito penal globalmente considerado goze de uma presunção de eficácia preventiva, isso não garante que cada delito, particularmente considerado, seja necessariamente idôneo à realização dessa finalidade preventiva. Na análise da constitucionalidade de cada delito (e da sua norma de sanção), faz-se necessário exigir alguma comprovação fática de que a ameaça de apenação fomenta a finalidade almejada pela lei (tutela do bem jurídico). Essa *virada pragmática* com perfil garantista assume importância fundamental no controle da racionalidade das leis penais e na proteção efetiva dos direitos fundamentais no campo penal.

6.6 O juízo de necessidade da lei penal

O juízo de necessidade é um teste comparativo: a medida restritiva será considerada necessária quando a realização da finalidade almejada não puder ser promovida, com, no mínimo, a mesma eficácia, por meio de outra medida que restrinja, em menor grau, o direito fundamental afetado. Dito de outro modo, a medida será desnecessária quando exista alternativa menos gravosa que seja igualmente eficiente para a realização do objetivo pretendido. A estrutura argumentativa do juízo de necessidade envolve, portanto, três passos: (i) a busca de meios alternativos; (ii) a comparação entre a eficácia da medida principal e a eficácia dos meios alternativos; e (iii) a comparação entre a onerosidade da medida principal e a onerosidade dos meios alternativos.

A visão tradicional sobre o juízo de necessidade entende que as medidas alternativas só servem à comparação com a medida principal – cuja constitucionalidade se questiona – se apresentarem igual idoneidade sob as perspectivas quantitativa, qualitativa, probabilística e temporal¹²⁷⁴. Essa leitura da necessidade atribui ao órgão que editou a medida principal

direito penal: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal 2011 - 2012. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo).

¹²⁷⁴ A propósito, Daniel Sarmento afirma que “é necessário comparar as medidas alternativas com a que foi adotada sob várias perspectivas, como a quantitativa (a medida alternativa promove o objetivo tanto como a medida questionada?), a qualitativa (ela o faz tão bem como a medida impugnada?), a probabilística (a sua chance de êxito é igual ou superior a que foi esponsada?) e a temporal (ela avança nos objetivos com pelo menos a mesma velocidade do que a medida adotada?). Uma medida só será considerada pelo menos tão idônea quanto à adotada pelo Estado se for igual ou superior àquela sob todas estas perspectivas. Se, por exemplo, tivermos uma medida que promova

(analisada) a prerrogativa de estabelecer os patamares mínimos de realização da finalidade almejada e também do direito restringido. Afinal, as medidas alternativas devem atender a dois requisitos para superar, em termos de eficiência, a medida principal: a promoção do objetivo perseguido deve ocorrer com no mínimo a mesma eficácia e o direito afetado não pode ser restringido em medida superior. Por essa razão é que Alexy defendeu que a aplicação do juízo da necessidade não autoriza o controlador da legitimidade da medida restritiva a buscar a melhor otimização dos princípios em jogo, mas somente a excluir sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais¹²⁷⁵. Isso significa que, se o legislador pretende alcançar determinado objetivo, deve fazê-lo da forma menos onerosa possível.

No campo penal, a visão mais difundida sobre o juízo de necessidade foi bem resumida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha. Para o Tribunal, *“a lei só pode ser qualificada como desnecessária quando, à luz do raciocínio lógico, de dados empíricos não controversos e do conjunto de sanções que o mesmo legislador julgou necessário para atingir fins de proteção análogos, resulta evidente a manifesta suficiência de um meio alternativo menos restritivo de direitos para a consecução igualmente eficaz das finalidades desejadas pelo legislador”*¹²⁷⁶. Segundo essa posição, o juízo de necessidade que compete ao Tribunal Constitucional tem alcance e intensidade muito limitados: a desproporção somente estará presente quando as medidas alternativas sejam evidentemente de menor intensidade coativa e de uma funcionalidade manifestamente similar àquela que se imputa a pecha de desproporcional¹²⁷⁷.

Todavia, a aplicação dessa versão tradicional do subprincípio da necessidade se mostra insuficiente. As medidas alternativas que podem ser comparadas com a medida principal – seja em relação à norma de conduta, seja em relação à norma de sanção – quase nunca apresentarão

mais o objetivo perseguido, mas que envolva um risco mais elevado de fracasso, ela não poderá ser considerada igualmente idônea. Neste caso, o juízo político ou técnico do órgão estatal sobre o que priorizar – quantidade ou risco – deve prevalecer, em razão do princípio da separação de poderes” (SARMENTO, Daniel. *Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade in Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 161). V., em sentido semelhante, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186.

¹²⁷⁵ ALEXY, Robert. “Posfácio”. In: _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 575-627.

¹²⁷⁶ Tribunal Constitucional da Espanha, STC 60/2010, de 7 de outubro de 2010.

¹²⁷⁷ Tribunal Constitucional da Espanha, STC 136/1999, de 20 de julho.

exatamente o mesmo grau de eficácia preventiva que a medida principal. A título ilustrativo, na comparação entre uma lei que criminaliza uma conduta e uma lei que a considera um ilícito administrativo, sempre será possível alegar que a lei penal apresentará maior intensidade intimidatória e que, portanto, a medida alternativa (sanção administrativa) não tem exatamente a mesma eficácia sob todas as perspectivas da medida principal (sanção penal).

Do mesmo modo, na comparação entre uma lei que comina pena mais elevada a uma conduta (com maior probabilidade de aplicação concreta da pena de prisão) e uma lei que comina pena mais branda (com provável conversão da pena de prisão a pena restritiva de outros direitos), sempre será possível cogitar de que a ameaça de pena mais severa tem potencial para realizar funções preventivas com maior eficácia. Seria, portanto, praticamente impossível imaginar uma medida alternativa que produzisse exatamente os mesmos efeitos sob todas as perspectivas. A medida penal mais gravosa seria sempre necessária em relação às alternativas mais brandas. Sem qualquer horizonte de aplicação eficiente do juízo de necessidade em relação às leis penais, se poderia cogitar até mesmo de saltar diretamente para o juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Com isso, perder-se-ia importante oportunidade para dar sentido prático aos conhecidos princípios gerais do direito penal da *subsidiariedade* e da *fragmentariedade*, quase sempre desprovidos de qualquer operatividade¹²⁷⁸.

Esse problema se torna ainda mais difícil quando se consideram todos os tipos de prevenção almejados pelo legislador penal – prevenção geral positiva e negativa e também prevenção especial positiva e negativa –, pois se torna improvável (e até mesmo impossível) cogitar medidas alternativas que produzam exatamente a mesma eficácia sob todos esses pontos de vista. O exame da necessidade perde, definitivamente, toda a sua dimensão prática quando se consideram todos os efeitos econômicos e sociais de cada uma das medidas alternativas em comparação com a medida principal. O número de alternativas viáveis fica reduzido a zero e o juízo de necessidade deixa de funcionar como mecanismo apto a conter excessos punitivos.

¹²⁷⁸ Para Donini, esses princípios podem ser classificados como de direção política – em contraposição aos princípios demonstrativos (que servem como parâmetros efetivos de controle de constitucionalidade de leis) – e que não seriam passíveis de utilização isoladamente (sem auxílio de outros princípios ou normas violadas) para que a Corte Constitucional pudesse declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Esses princípios serviriam, portanto, para sustentar, em conjunto com outros princípios demonstrativos – e.g. legalidade, proibição de retroatividade, reserva de lei, culpabilidade, etc. – a inconstitucionalidade da lei. V. DONINI, Massimo. Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 5, 2004, p. 173.

Essa dificuldade na aplicação do juízo de necessidade em matéria penal já foi percebida, sob uma ótica mais abrangente, por Humberto Ávila, que, ao perceber essa limitação do teste da necessidade, propôs o recurso à ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção¹²⁷⁹. A ideia é que uma medida alternativa que realizasse a finalidade almejada em patamar inferior à medida principal, mas restringisse o princípio afetado de forma menos gravosa, poderia, em algumas circunstâncias, justificar a invalidação da medida examinada¹²⁸⁰. Para isso, seria necessário demonstrar que o ganho na realização do direito fundamental fosse mais relevante do que a perda na realização da finalidade almejada¹²⁸¹. Ressalte-se que esse tipo de raciocínio não teria lugar no exame da proporcionalidade em sentido estrito, que não oferece possibilidade de comparação entre a medida restritiva e outros meios alternativos. A proporcionalidade em sentido estrito compara apenas a restrição do direito fundamental com a realização da finalidade da lei.

Embora esse tipo de desenvolvimento do exame da necessidade não seja consensual na doutrina¹²⁸², Gloria Mesa recorda que, na prática, o Tribunal Constitucional da Alemanha, ao equiparar a eficácia de medida alternativa à medida principal já admite perdas não relevantes de idoneidade quando a medida alternativa se apresenta claramente mais benéfica¹²⁸³. Essa autora menciona a proposta de entender a exigência de igual idoneidade no sentido de “aptidão suficiente”, sob pena de anular toda a capacidade operativa do juízo de necessidade. O próprio Alexy sugeriu que a identidade do grau de idoneidade entre as medidas comparadas teria o

¹²⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160.

¹²⁸⁰ Essa possibilidade fica ainda mais acentuada quando, como ocorre em alguns setores do direito penal, se está diante de restrição ao direito fundamental do indivíduo para satisfação de interesses coletivos dificilmente reconduzíveis a outros direitos fundamentais individuais.

¹²⁸¹ Existe na doutrina uma divergência quanto à natureza puramente empírica ou simultaneamente empírica e valorativa do juízo de necessidade. Embora a posição dominante na doutrina afirme o caráter empírico do subprincípio da necessidade, defende-se neste trabalho que ele também possui uma carga valorativa. V., a propósito, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, p. 240; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 155.

¹²⁸² No Brasil, Luciano Feldens, por exemplo, só admite reconhecer a lei penal desnecessária quando o meio eleito for manifestamente equivocado, ou seja, quando for evidente a suficiência do meio alternativo menos restritivo dos direitos fundamentais. V. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 153.

¹²⁸³ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

significado de mesma adequação “em termos gerais”, indicando, assim, que tal equivalência dos graus de eficácia entre a medida principal e a medida alternativa não precisa ser absoluta¹²⁸⁴.

A propósito, Gloria Mesa considera mais plausível a solução consistente em examinar os meios que não se revestem de igual idoneidade sob o prisma da lesividade, “*para, uma vez estabelecidas as diferenças entre o meio legislativo e os meios alternativos, desde ambas perspectivas, efetuar uma comparação global entre ambos a fim de estabelecer qual deles resulta ser mais eficiente*”¹²⁸⁵. Com isso, passa a ser possível afirmar a desnecessidade de uma lei quando exista um meio alternativo cuja menor idoneidade seja compensada por sua menor lesividade. Em sentido parcialmente coincidente, Raquel Scalcon, no Brasil, defende que “*não basta olhar isoladamente para a capacidade de a medida realizar o objetivo almejado*”, devendo sempre se verificar “*a proporção existente entre o grau de promoção e grau de restrição*”, de modo que o “*o meio escolhido deverá ser o melhor em termos de ganhos e perdas*”¹²⁸⁶.

Essa perspectiva que pretende reabilitar o juízo de necessidade como parâmetro efetivo de contenção do excesso de poder foi defendida, no Brasil, por Lucas Laurentiis, que afirmou que o decisivo é “*saber se há uma disparidade tal entre os graus de intervenção das medidas implementada e substitutiva, que torne a decisão estatal excessiva e abusiva*”. O mesmo autor lembrou lição da doutrina alemã no sentido de que “*se trata nesse ponto de saber se uma pequena alteração para menos no grau de adequação resulta em uma grande promoção da liberdade ou direito restringido pela medida estatal*”. Nesse caso, “*a opção estatal pela medida mais restritiva, que apresente pouquíssimo ganho no que diz respeito à adequação comparativa, é em si mesma uma decisão excessiva e, por isso, desproporcional*”¹²⁸⁷.

Alguns exemplos podem ilustrar o ganho de operatividade do juízo de necessidade no campo penal a partir dessa nova perspectiva, disposta a considerar se a perda de idoneidade é

¹²⁸⁴ ALEXY, Robert, Constitutional rights, balancing and rationality, *Ratio Juris*, v. 16, 2003, p. 135.

¹²⁸⁵ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 440.

¹²⁸⁶ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 106.

¹²⁸⁷ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional*: origem, modelos e reconstrução dogmática. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 200.

compensada por uma redução intensa do grau de restrição ao direito fundamental. No Direito Comparado, um bom exemplo de aplicação deficiente do juízo de necessidade em face de lei penal pode ser extraído do caso, julgado pelo Tribunal Constitucional da Espanha, que discutia a constitucionalidade da imposição obrigatória da pena de afastamento (de proibição de aproximação) para determinados delitos de maior gravidade¹²⁸⁸. Depois de fixar de forma precisa os termos do conflito entre os princípios constitucionais em jogo, de reconhecer a legitimidade da finalidade perseguida e de afirmar a adequação da medida, o Tribunal se deparou com a seguinte questão: a medida alternativa consistente em permitir ao juiz a aplicação da pena acessória de afastamento em cada caso concreto, à luz da gravidade dos fatos e do perigo que o condenado representasse, teria a mesma eficácia da medida questionada? Curiosamente, o Tribunal respondeu que a lei impugnada era necessária, pois, com o desaparecimento da obrigatoriedade da aplicação da pena acessória, o incremento de eficácia preventiva por ela representado também desapareceria. Desse modo, para aquele Tribunal, por mais que a medida alternativa fosse menos restritiva dos princípios e direitos fundamentais afetados pela norma impugnada, não se poderia afirmar que ambas produzissem um grau semelhante de consecução do fim perseguido¹²⁸⁹.

Uma análise crítica do juízo de necessidade, que não o enxergue apenas como uma formulação de natureza fática, mas também como critério normativo, permite considerar se a opção estatal pela medida mais restritiva contribui de forma relevante para a elevação da idoneidade da medida. Casos que demonstrem que a escolha pela medida mais restritiva produz ganho reduzidíssimo na realização da finalidade almejada possibilitam a declaração da inconstitucionalidade da lei por violação ao princípio da necessidade. No caso enfrentado pelo Tribunal Constitucional da Espanha, a perda de eficácia resultante da escolha da medida alternativa pode ser considerada desprezível. Isso porque a substituição da aplicação obrigatória da pena acessória pela aplicação facultativa à luz de cada caso concreto não produziria redução significativa na proteção dos bens jurídicos tutelados.

Essa conclusão pode ser extraída do simples fato de que os juízes continuariam a poder aplicar a pena acessória de afastamento sempre que houvesse risco de reiteração delituosa.

¹²⁸⁸ Nos crimes previstos no art. 57 do Código Penal espanhol, quando praticados em certas circunstâncias (previstas no item 2 do mesmo artigo), se aplicará obrigatoriamente a pena de afastamento em relação às vítimas por período não superior a dez anos.

¹²⁸⁹ V. Tribunal Constitucional da Espanha, Sentencia 60/2010, de 7 de octubre de 2010.

Nenhum crime grave, praticado em condições que denotassem maior periculosidade do acusado, deixaria de ter como resposta a aplicação da pena acessória, desde que o juiz verificasse a sua necessidade à luz das circunstâncias do caso concreto. O ganho comparativo de idoneidade estaria situado em uma zona marginal na qual não o juiz não teria vislumbrado gravidade suficiente no fato a justificar a aplicação da pena acessória. A situação demonstra claramente que a medida consideravelmente mais gravosa apresentava pouquíssimo ganho no que diz respeito à adequação comparativa. Desse modo, a lei penal deveria ter sido considerada desnecessária.

Em sentido contrário ao precedente espanhol, a Corte Constitucional da Itália reconheceu a inconstitucionalidade da aplicação automática da pena acessória de perda do poder familiar nos casos de crimes praticados pelos pais contra seus filhos. A decisão partiu do entendimento de que seria imprescindível garantir ao juiz a possibilidade de avaliação e ponderação, no caso concreto, sobre a necessidade de aplicação da pena acessória em razão da natureza e da característica do episódio criminoso¹²⁹⁰.

De qualquer forma, o exemplo espanhol abre um interessante campo de aplicação para o juízo de necessidade em face de leis penais no Brasil. Há uma tendência, já registrada na última quadra histórica, de aprovação de leis penais tornando obrigatórias certas medidas restritivas que antes tinham sua aplicação regida pela lógica da facultatividade. Os casos mais relevantes são a aplicação obrigatória de regime inicial fechado para condenados por crimes hediondos, a aplicação obrigatória de pena restritiva de liberdade para condenados por tráfico de drogas e a aplicação obrigatória de prisão preventiva para presos em flagrante pelo cometimento de crimes hediondos e de tráfico de drogas. Todas essas leis já foram declaradas inconstitucionais pelo STF sob o fundamento de violação ao princípio da individualização da pena. Mesmo assim, a aplicação do juízo de necessidade – matizado pela consideração da importância objetiva do incremento na realização da finalidade almejada pela lei resultante da escolha da medida mais restritiva – oferece um arsenal argumentativo importante para compreender não apenas esse conjunto de decisões, mas também para expandir a sua operacionalidade para outros setores do campo penal. Até porque, como acentuado no capítulo 4, a metodologia empregada pelo STF nesse conjunto de decisões, ao prescindir do juízo de proporcionalidade, rejeita a natureza principiológica das normas constitucionais em jogo e

¹²⁹⁰ Corte Constitucional da Itália, Sentenza n. 31 del 2012.

empobrece o percurso argumentativo exigido para a declaração de inconstitucionalidade dessas leis.

A prisão preventiva obrigatória para presos em flagrante por crimes específicos, por exemplo, constituía medida claramente desnecessária. É que a substituição da aplicação obrigatória da prisão preventiva por sua aplicação facultativa, à luz de cada caso concreto, não produz redução significativa na proteção dos bens jurídicos tutelados. Para chegar a essa conclusão, basta considerar que os juízes continuariam aptos a aplicar prisão preventiva sempre que houvesse risco de reiteração delituosa. Sempre que a intensa gravidade da conduta praticada, associada à análise da periculosidade do agente, demonstrasse risco de novas práticas criminosas, o juiz poderia decretar a sua prisão preventiva. Novamente, o ganho comparativo de idoneidade estaria situado em uma zona marginal na qual não o juiz não teria vislumbrado gravidade suficiente no fato a justificar a aplicação da prisão preventiva. Esse exemplo demonstra que a medida intensamente mais gravosa apresenta pouquíssimo ganho no que diz respeito à adequação comparativa. Também aqui, se não se quisesse prescindir completamente do teste de necessidade, a lei penal que determina a prisão preventiva obrigatória deve ser considerada desnecessária¹²⁹¹.

O juízo de necessidade tem sua estrutura metodológica básica bem estabelecida. A compreensão do Tribunal Constitucional da Espanha resume com precisão o modo tradicional de aplicação da necessidade pela jurisdição constitucional: *“a lei só pode ser qualificada como desnecessária quando, à luz do raciocínio lógico, de dados empíricos não controversos e do conjunto de sanções que o mesmo legislador julgou necessário para atingir fins de proteção análogos, resulta evidente a manifesta suficiência de um meio alternativo menos restritivo de direitos para a consecução igualmente eficaz das finalidades desejadas pelo legislador”*¹²⁹². Essa versão tradicional dessa fase do juízo de proporcionalidade corresponde ao modo mais autocontido de revisão judicial dos atos do poder público, na medida em que, adotando uma versão fraca da necessidade, exige que a medida alternativa assuma o mesmo grau de satisfação da finalidade legislativa em todos os seus principais aspectos.

¹²⁹¹ A Corte Constitucional da Itália declarou a inconstitucionalidade da prisão preventiva obrigatória para certos delitos exatamente com base nesse raciocínio, desenvolvido na jurisprudência italiana sob a ótica do princípio da *raggionevolezza*. V. sentença n. 265 del 2010.

¹²⁹² Tribunal Constitucional da Espanha, STC 60/2010, de 7 de outubro.

Tal modo de conceber o juízo de necessidade atribui ao órgão competente para expedir a norma a palavra final sobre o grau mínimo de realização da finalidade perseguida. Qualquer medida alternativa, existente ou não na ordem jurídica, só terá relevância para o juízo de necessidade incidente sobre a medida principal, se revelar a mesma aptidão para realizar o fim almejado pelo órgão que a produziu. Essa regra geral sobre o modo de incidência do juízo de necessidade leva em consideração a necessidade de evitar que o órgão de controle da legitimidade da medida restritiva (Judiciário) seja investido de uma competência geral para rever as próprias finalidades perseguidas pelos poderes eleitos (Legislativo e Executivo). De fato, é necessário manter elevado grau de deferência às escolhas dos fins a serem perseguidos pelos representantes do povo. Afinal, a Constituição não deve ser vista como um repositório de todas as respostas para as demandas sociais, mas um quadro normativo básico a partir do qual a democracia se encarrega de realizar escolhas e ditar os rumos da política e da vida social.

A despeito da correção normativa da concepção tradicional do juízo de necessidade, o modo pelo qual essa fase do princípio da proporcionalidade se projeta em relação à norma de conduta e à norma de sanção – que compõem a estrutura básica da lei penal – exige cuidados especiais, de modo a equilibrar a funcionalidade do juízo de necessidade (voltado à contenção dos excessos punitivos) e a margem de apreciação de que dispõe o legislador para fixar finalidades e objetivos a serem perseguidos pela lei penal (em respeito ao princípio democrático). Não se pode defender uma versão tão fraca do juízo de necessidade a ponto de exigir que a medida alternativa tenha exatamente as mesmas características instrumentais da medida principal questionada, sob pena de anular completamente a sua utilidade prática de contenção dos excessos punitivos. Além disso, é por meio da correta aplicação do juízo de necessidade às leis penais que as noções de *fragmentariedade* (o direito penal serve para prevenir e sancionar apenas as condutas mais graves que atentem contra os bens jurídicos) e *subsidiariedade* (o direito penal só deve ser acionado quando outros mecanismos de proteção tenham fracassado e deve intervir com a sanção menos gravosa possível) – tão difundidas, quase sempre retoricamente, pela ciência penal – ganham maior capacidade operativa e eficácia prática. É o que se verá a seguir.

6.6.1 O juízo de necessidade da lei penal sob a ótica da norma de conduta

Compõe o conhecimento convencional a ideia de que o direito penal deve assumir função subsidiária, fragmentária e de *ultima ratio*¹²⁹³. De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, o princípio da subsidiariedade impõe que “*se deve recorrer primeiro e sempre a outros controle menos gravosos existentes dentro do sistema estatal antes de utilizar o penal*”¹²⁹⁴; já o princípio da fragmentariedade determina que “*o direito penal somente pode ser aplicado aos ataques mais graves frente aos bens jurídicos*”¹²⁹⁵; e, por fim, o princípio da *ultima ratio*, em sentido semelhante ao da subsidiariedade, sugere que “*o Estado somente pode recorrer ao direito penal quando tenham falhado todos os demais controles*”¹²⁹⁶.

Todas essas ideias são tratadas pela Corte Constitucional da Colômbia sob a fórmula do princípio constitucional da necessidade das penas, que determina, de modo geral, que o recurso à criminalização seja excepcional, utilizado apenas quando não haja outra opção menos gravosa para atingir o mesmo objetivo¹²⁹⁷. Essas formulações de caráter geral apresentadas sob a forma dos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e *ultima ratio* constituem modos diferentes de expressar o sentido do juízo de necessidade aplicado ao direito penal. Assim como ocorre com o juízo de adequação, o juízo de necessidade se projeta de forma diferente em relação a cada um dos elementos essenciais da lei penal (norma de conduta e norma de sanção). Daí a necessidade de explicar cada uma dessas formas de incidência do juízo de necessidade.

Em relação à norma de conduta, a busca de medidas alternativas é orientada por dois caminhos: (i) verificar se, no lugar da proibição da conduta, a simples liberação da atividade

¹²⁹³ A jurisprudência do STF registra precedente nesse sentido: “[o] Direito Penal constitui a *ultima ratio legis* quanto às condutas humanas, por isso que deve incidir somente quando indispensável para a manutenção da ordem jurídica, posto inexistir norma jurídica para controlar e sancionar ações que violem expectativas normativas de maior intensidade” (Inq 3674, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 07.03.2017).

¹²⁹⁴ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-636 de 2009.

¹²⁹⁵ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-636 de 2009.

¹²⁹⁶ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-647 de 2001.

¹²⁹⁷ Nesse sentido, a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia: “[o] princípio constitucional da necessidade das penas implica que o legislador, na configuração abstrata da política punitiva, deve recorrer exclusivamente aos instrumentos penais, quando este resulte constitucionalmente necessário, ou seja, quando se afetem bens jurídicos relevantes; esta afetação seja grave (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e fragmentariedade da sanção penal e não existam ou se tenham revelado insuficientes outros instrumentos menos gravosos para a liberdade (subsidiariedade de punição criminal ou caráter de *ultima ratio* da intervenção penal). O princípio da necessidade gera assim a ideia da subsidiariedade da resposta penal aos problemas sociais que devem ser enfrentados pelo Estado, tanto em tempos normais, como durante estados de exceção. Assim, pode-se dizer que o princípio da necessidade ‘se concretiza em assumir o caráter subsidiário, fragmentário e de *ultima ratio*’ da intervenção criminosa e respeito assegura a justiça de repressão penal. Este princípio, apesar de ser inicialmente dirigido ao legislador, também tem como alvo o juiz criminal que, a fim de impor uma sanção em um caso particular, deve verificar a afetação dos bens jurídicos que, em abstrato, protege a norma” (Sentencia 191/2016).

vedada teria pelo menos a mesma eficácia; ou (ii) verificar se existe uma modalidade de tipificação alternativa que reduza o âmbito da proibição. Como visto, a visão tradicional sobre o subprincípio da necessidade no campo penal se revela insuficiente: *“se esse exame se configura de modo que de antemão se excluam os meios que não prometem o mesmo grau de eficácia que a regulação legislativa, dificilmente alguma das modalidades de tipificação alternativa menos restritiva da liberdade estaria em condições de competir com a medida legislativa”*¹²⁹⁸. Por isso, é necessário ir além da mera exclusão de todas as medidas alternativas que não apresentem exatamente o mesmo grau de eficácia da medida legislativa contestada sob todas as perspectivas.

De fato, reduções pouco relevantes da intensidade da eficácia da medida podem ser compensadas por reduções relevantes do grau de restrição de direitos fundamentais. Essa análise multidimensional no juízo de necessidade é traduzida por Gloria Mesa por meio da proposta de que se examine, nesse momento, se aquelas modalidades de regulação alternativa resultam ser *“globalmente mais eficientes”*¹²⁹⁹. Para a autora, isso ocorrerá *“quando a modalidade de regulação alternativa se limita a excluir do âmbito do punível as condutas que carecem de suficiente relevância social para ser reguladas pelo direito penal”*¹³⁰⁰. O uso dessa categoria da “relevância social” do espectro de condutas que ficariam fora do alcance do direito penal pode, contudo, trazer mais problemas do que soluções.

A análise global da eficiência das medidas alternativas deve ser feita sob o ponto de vista estritamente jurídico. O melhor critério consiste em avaliar o tipo de conexão entre aquilo que a medida alternativa deixa de fora do alcance da lei penal e o bem jurídico tutelado. Isso porque, se as condutas excluídas do âmbito de incidência da lei penal não revelarem aptidão suficiente para ofender o bem jurídico, o ganho em termos de idoneidade por elas oferecido pode até mesmo ser desprezado para fins de aplicação do juízo de necessidade.

A falta de critérios mais precisos para controlar a constitucionalidade de leis penais sob a ótica da necessidade está associada à utilização de modalidades de tipificação cada vez mais ampliativas. A opção que o legislador faz entre usar a técnica do crime de perigo concreto ou

¹²⁹⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 453.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, p. 454.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, p. 454.

do crime de perigo abstrato não pode ser inteiramente livre e discricionária¹³⁰¹. O mesmo ocorre quando o legislador tem que optar por utilizar apenas um elemento subjetivo geral ou se valer de elementos subjetivos especiais, ou, ainda, entre recorrer ou não à inserção de condições objetivas de punibilidade. Atualmente, verifica-se uma tendência de atribuir essas escolhas com exclusividade ao legislador, sem que dele se exija qualquer tipo de justificação para as escolhas que restringem com maior intensidade os direitos fundamentais.

A insindicabilidade dessas escolhas, especialmente quando o legislador opte pela modalidade de tipificação mais gravosa (crime de perigo abstrato no lugar do crime de perigo concreto, crime de dolo genérico no lugar de dolo específico, ou inexistência de condições objetiva de punibilidade no lugar da sua imposição), não se compatibiliza com a exigência de racionalidade legislativa resultante da aplicação do juízo de necessidade. Essa preocupação não constitui mera especulação, pois produz impactos relevantes em situações de grande repercussão para o sistema criminal. Alguns casos tirados da jurisprudência brasileira podem exemplificar a funcionalidade desse tipo de controle da necessidade incidente sobre a norma de conduta.

O Superior Tribunal de Justiça debateu no ano de 2018 a relevância penal da conduta do contribuinte que declara o ICMS devido pela própria empresa, mas deixa de repassar os valores aos cofres públicos. Os casos mais comuns em que esse debate se apresenta ocorrem quando o réu, administrador de uma empresa contribuinte de ICMS, realiza a venda de mercadorias com o valor do tributo incluído no preço dos produtos, registra regularmente a apuração do valor do imposto devido nos livros fiscais, mas deixa de adimplir a obrigação tributária. A 5ª Turma do STJ entendeu que essa conduta não constituía sonegação fiscal (também conhecida como apropriação indébita tributária prevista no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990), mas mera inadimplência de obrigação tributária própria¹³⁰². Contudo, a 3ª Seção do STJ, por seis votos a quatro, passou a entender que constitui crime fiscal a conduta consistente em deixar de recolher, no prazo legal, na qualidade de sujeito passivo de obrigação tributária, valor do tributo (ICMS) “cobrado” do adquirente da cadeia de consumo e que deveria

¹³⁰¹ A jurisprudência da Corte Constitucional da Itália tem afirmado a antecipação da tutela penal por meio dos crimes de perigo abstrato ou presumido não deve, em regra, ser sindicado pela jurisdição constitucional. Apenas excepcionalmente quando a escolha legislativa seja irracional ou arbitrária, é que a Corte poderá controlar a opção legislativa. V. Sentenza n. 333 de 1991.

¹³⁰² STJ, AgRg no AREsp 1138189/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 12.12.2017.

recolher aos cofres públicos¹³⁰³. Como o tributo (ICMS) é indireto e seu custo é sempre repassado ao consumidor, esse entendimento jurisprudencial acabou por criminalizar em termos gerais o não pagamento do imposto pelo empresário.

O debate havido entre os Ministros do STJ se limitou a interpretar o sentido da expressão tributo “*descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos*” sob a ótica do direito tributário. O foco da discussão estava em saber se o tributo embutido no preço final do produto – cujo ônus econômico, portanto, é sempre transferido ao consumidor ou adquirente – era efetivamente “descontado ou cobrado” do contribuinte e não repassado ao Estado. O controle de constitucionalidade desse tipo penal, a partir do sentido a ele atribuído pela jurisprudência, deve considerar, a partir do juízo de necessidade, se a criminalização dessa conduta – declarar o ICMS devido pela própria empresa, mas deixar de repassar os valores aos cofres públicos – constitui medida imprescindível para a tutela do bem jurídico tutelado. A resposta é negativa.

O Estado não está totalmente livre para escolher, nesse caso, entre a modalidade de tipificação de crime de dolo genérico no lugar de dolo específico. A opção pelo dolo genérico, quando a conduta objetivamente tipificada se confunde com o não repasse de valores devidos ao Estado, ofende o subprincípio da necessidade. O ânimo defraudatório nos delitos fiscais constitui elemento essencial para diferenciar o âmbito de proteção da lei penal do espaço de atuação do regime cível de cobrança de tributos. Como defendeu a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, não pratica crime de sonegação fiscal “*o comerciante que deixa de recolher, no prazo legal, o valor do ICMS referente às operações próprias, se estas foram corretamente declaradas em DIME, sem qualquer notícia de fraude, omissão ou prestação de informações falsas às autoridades fazendárias*”. Para ela, “*a sonegação fiscal evidencia o fim deliberado de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social mediante artifício fraudulento, configurando o ilícito penal previsto na Lei no 8.137/90*”, motivo pelo qual “*o atraso ou descumprimento da obrigação de recolher tributo próprio que já foi regularmente declarado pelo contribuinte constitui inadimplência fiscal que configura ilícito administrativo passível de execução fiscal e inscrição em dívida ativa*”¹³⁰⁴.

¹³⁰³ STJ, HC 399109/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, j. em 22.08.2018.

¹³⁰⁴ STJ, HC 399109/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, j. em 22.08.2018.

Como se percebe, a questão pode ser reconstruída sob outras bases argumentativas: no caso em que o contribuinte declara fielmente ao Estado o valor por ele devido – ainda que o ônus financeiro do tributo tenha sido transferido a terceiro (consumidor) –, será que a medida penal se revela necessária quando comparada com a medida alternativa consistente na aplicação de sanções patrimoniais? Na visão da Ministra Maria Thereza, o inadimplemento que poderá “*acarretar-lhe o dever de pagar, além do tributo, a multa, os juros e a correção monetária. A Fazenda Pública, neste caso, poderá - e, ousamos dizer, deverá - executá-lo, nos termos da Lei no 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais)*”¹³⁰⁵. Não há dúvida de que a forma de ofensa ao bem jurídico tutelado (patrimônio estatal) na hipótese em que há ânimo fraudulento é bastante diferente daquela em que, sem qualquer intenção de fraude, o contribuinte deixa de pagar o tributo. No caso em que o contribuinte age com ânimo defraudatório, o Estado tem maiores dificuldades de perceber o prejuízo patrimonial que lhe foi causado, na medida em que apenas por meio de investigações mais aprofundadas seria possível constatar a supressão ou a redução do tributo. Já quando o contribuinte, sem ânimo defraudatório, informa corretamente o valor devido, mas deixa de recolher o tributo, o Estado tem à sua disposição todos os meios administrativos e judiciais para reparar o dano patrimonial a ele causado, sem que haja necessidade de ir além das informações já prestadas voluntariamente pelo contribuinte.

O recurso à tutela penal, nesse último caso, não oferece um grau substancialmente mais elevado de proteção ao bem jurídico tutelado quando comparado com as medidas alternativas de aplicação de multas e acionamento de meios invasivos de cobrança do crédito tributário, a não ser que atribua ao direito penal tributário a função de ameaçar para obter o pagamento do tributo, o que evidentemente não se pode admitir. A conduta consistente em declarar o ICMS devido pela própria empresa, mas deixar de repassar os valores aos cofres públicos revela o mesmo tipo de ofensa ao patrimônio público que a conduta do indivíduo que declara corretamente seus rendimentos na declaração de ajuste anual, mas deixa de recolher o DARF no prazo, praticando ilícito tributário sujeito à execução fiscal. O uso do direito penal para tutelar o patrimônio público apenas na primeira das situações se revela inconstitucional por desnecessidade do acionamento da medida mais restritiva em detrimento da medida alternativa aplicada na segunda situação (aplicação de multa e ajuizamento de execução fiscal).

¹³⁰⁵ STJ, HC 399109/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, j. em 22.08.2018.

Outro exemplo vem da jurisprudência do STF. Desde a entrada em vigor do Estatuto de Desarmamento (Lei 10.826/2003), nenhuma dúvida surgiu quanto à caracterização do delito como de perigo abstrato. A divergência se instaurou quanto à necessidade de demonstrar, como condição para a condenação, que a conduta pudesse colocar em risco o bem jurídico protegido. Para o Ministro Cezar Peluso, *“a conduta de transportar arma de fogo, uma das várias previstas no art. 14 da Lei 10.826/2003, não é, aprioristicamente, portadora de dignidade penal”*, sendo necessário verificar, em cada caso, *“se a conduta é capaz de, em si, representar ameaça real ou potencial a bem jurídico”*¹³⁰⁶. O Ministro Peluso defendeu essa posição sob o fundamento de que *“lesividade nem sempre significa dano efetivo ao bem jurídico protegido, mas, para se entender e justificar como tal, exige, pelo menos, que este de algum modo ponha em causa uma situação de perigo”*, de modo que *“em não se percebendo nenhuma possibilidade de lesão, ainda que imaginária ou hipotética, a bem jurídico definido materialmente, perde-se todo o referencial de ofensividade”*¹³⁰⁷.

No mesmo sentido, o Ministro Pertence afirmou, alguns anos antes, que o fato de o tipo penal não exigir resultado material exterior à ação *“não implica admitir sua existência independente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação”*, contexto em que, *“se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica”*¹³⁰⁸. A jurisprudência, entretanto, se firmou em sentido oposto, afirmando que *“o porte ilegal de arma e munição é crime de perigo abstrato, cuja consumação independente de demonstração da potencialidade lesiva da arma ou da munição”*¹³⁰⁹.

Nesses dois exemplos extraídos da recente experiência jurisprudencial brasileira, a incidência do juízo de necessidade aplicado às normas de conduta que integram as leis penais mostra a possibilidade de controlar a legitimidade da técnica de criminalização adotada pelo legislador ou eleita pela jurisprudência. *Primeiro*, viu-se que diante de lei penal incriminadora

¹³⁰⁶ STF, HC 95861, Rel. Min. Cezar Peluso, Red. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 02.06.2015.

¹³⁰⁷ STF, HC 95861, Rel. Min. Cezar Peluso, Red. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 02.06.2015.

¹³⁰⁸ RHC 81057, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 25.05.2004.

¹³⁰⁹ STF, HC 148801 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 07.08.2018.

(sonegação fiscal) que não estabeleceu expressamente elemento subjetivo específico – *e.g.* ânimo defraudatório –, a jurisprudência optou por criminalizar conduta equiparável substancialmente à simples inadimplência. Nessa situação em que o contribuinte declara o tributo devido e não recolhe o valor correspondente aos cofres públicos, a criminalização não oferece proteção qualitativa ou quantitativamente superior à tutela cível e administrativa do patrimônio público. Um sinal de que se ampliou desnecessariamente o âmbito de incidência da norma penal incriminadora é a informação de que esse entendimento levaria à criminalização, apenas no Estado de São Paulo, de mais de dezesseis mil empresários¹³¹⁰. O caso recomenda a atuação do STF para reconhecer a inconstitucionalidade, por desnecessidade, da interpretação judicial que incluiu no âmbito de incidência da lei penal a conduta consistente em declarar o ICMS devido pela própria empresa, mas deixar de repassar os valores aos cofres públicos.

Segundo, percebeu-se que a opção legislativa de se valer da técnica de criminalização de perigo abstrato deve ser submetida à filtragem constitucional para excluir do âmbito de incidência da lei penal os casos em que a conduta não apresente sequer potencial de risco para o bem jurídico. Sem excluir de forma apriorística a possibilidade do uso desse tipo de técnica de criminalização (perigo abstrato), o juízo de necessidade impõe investigar se existem alternativas menos onerosas para oferecer proteção equivalente ao bem jurídico, contexto em que se deve excluir do âmbito de proteção da lei penal condutas que violam normas de conduta relevantes para a ordem jurídica sem criar risco minimamente real ao bem jurídico. Outras sanções (cíveis ou administrativas) podem ser acionadas para responder às situações de meras ofensas às regras de proteção – *e.g.*, normas de conduta que protegem bens jurídicos coletivos ou supraindividuais – quando não se tenha criado um risco efetivo ao bem jurídico.

6.6.2 O juízo de necessidade da lei penal sob a ótica da norma de sanção

O juízo de necessidade se projeta também sobre a norma de sanção, dando concreção à ideia de subsidiariedade no direito penal em dois sentidos: (i) determina que o direito penal somente seja acionado quando outros a proteção do bem jurídico não possa ser atingida por outros meios menos onerosos (subsidiariedade externa); e (ii) veda a aplicação de sanções penais mais drásticas quando outras menos graves apresentem o mesmo efeito (subsidiariedade

¹³¹⁰ V. levantamento disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/governo-de-sp-quer-criminalizar-divida-de-icms-de-16-mil-empresarios.shtml>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

interna). As dificuldades em comparar o grau de idoneidade de medidas alternativas (estranhas ao direito penal ou medidas penais menos gravosas) criaram certa apatia da jurisdição constitucional no controle da necessidade das sanções penais. Para Roxin, por exemplo, a subsidiariedade constitui mera diretriz de política criminal, de modo que se houver dúvida sobre se outros meios menos onerosos – *i.e.*, sanções civis ou administrativas – podem ou não realizar a mesma finalidade, somente ao legislador caberia realizar a escolha entre a medida penal e qualquer das medidas alternativas¹³¹¹. Isso porque a inexistência de investigações sociológico-empíricas cria condições para que se atribua ao legislador um espaço excessivamente amplo para a decisão sobre a necessidade da intervenção penal¹³¹².

Mais recentemente, entretanto, tem ganhado espaço a visão segundo a qual “*a aplicação do juízo de necessidade por parte do Tribunal Constitucional não deve ficar confinada a dar por certa a presunção de maior efetividade que acompanha o direito penal e, com base nela, reafirmar a necessidade do recurso à pena diante da previsível menor efetividade de outras sanções menos graves*”¹³¹³. Apesar dessa possibilidade de controle da necessidade da sanção criminal, Gloria Mesa defende que a medida penal só pode ser declarada inconstitucional por desnecessidade quando se possa afirmar, com base em premissas plausíveis, “*a existência de uma alternativa sancionadora que, considerada em termos globais, resulta ser mais eficiente que a medida penal*”¹³¹⁴.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade dos tipos de perigo abstrato – tal como sucede em relação a todas as leis penais – só existiria na hipótese de violação ao princípio da proporcionalidade. De acordo com essa premissa, o Ministro assim resumiu o modo de aplicação do juízo de necessidade à norma de sanção contida nos delitos de perigo abstrato: “*segundo a máxima da necessidade, quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal, porém menos gravosas para os direitos individuais em jogo, os crimes de perigo abstrato serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade*”, de modo que se deve concluir

¹³¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Tomo I. Madrid: Thomson Civitas, 2007, p. 67.

¹³¹² AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999, p. 43.

¹³¹³ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 484.

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 484.

que “meros ilícitos que são objeto de responsabilização jurídica eficaz por meio do Direito Civil ou do Direito Administrativo tornam desnecessária a intervenção do Direito Penal, que deve operar apenas como *ultima ratio*”¹³¹⁵.

Esse entendimento não é aplicável apenas aos delitos de perigo abstrato. O juízo de necessidade impõe que se reconheça a invalidade da intervenção penal sempre que a responsabilização jurídica por meio do direito civil ou administrativo se mostrem igualmente eficazes. Não é necessário, a essa altura, relembrar que essa eficácia deve ser equiparada àquela realizada pela lei penal, mas não é necessário que tenha exatamente a mesma intensidade sob todas as perspectivas. A exigência é de que as medidas de natureza cível ou administrativa tenham aptidão suficiente para realizar a mesma finalidade, demonstrando, assim, maior “eficácia global”.

A Corte Constitucional da Colômbia já utilizou o juízo de necessidade para declarar a inconstitucionalidade de leis penais. Nas duas decisões já citadas por meio das quais a Corte declarou (i) a inconstitucionalidade da exclusão da exceção da verdade para os delitos de calúnia quando exista sentença absolutória, preclusão de investigação ou algum equivalente¹³¹⁶ e (ii) a inconstitucionalidade do delito de ultraje a símbolos pátrios, além de considerar tais medidas inadequadas, a Corte também as considerou desnecessárias por entender outras alternativas não penais (cíveis e administrativas) poderiam alcançar o fim legítimo perseguido por essas leis penais¹³¹⁷. No primeiro caso, a Corte afirmou que a exclusão da exceção da verdade como eximente de responsabilidade não supera o juízo de necessidade, porque acolheu uma medida que impõe um sacrifício excessivo em termos de liberdade de expressão com o fim de proteger os direitos à honra e ao bom nome. No segundo caso, a Corte reconheceu que

¹³¹⁵ Na sequência, o Ministro Gilmar Mendes recorda importante lição doutrinária sobre o tema: “[a]ssim, como explica Aguado Correa: ‘[p]ara que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de ofensividad es necesario: por una parte, que a través de los mismos se intente proteger bienes jurídicos merecedores de pena, es decir, constitucionalmente legítimos y dotados de una especial relevancia social, puesto que implican una ampliación muy importante de la tutela penal; por otra parte, que a través de los delitos de peligro abstracto se tipifiquen aquellas conductas que aparezcan como generalmente peligrosas para el bien jurídico que se trata de proteger, y no aquellas conductas que sólo en algunos casos aparecen como peligrosas; en último lugar, que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido’ (AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Madrid: Edersa; 1999, p. 394)” (STF, HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 06.03.2012).

¹³¹⁶ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-417/2009.

¹³¹⁷ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-575/2009.

existiam outras medidas de caráter administrativo já previstas no ordenamento jurídico colombiano capazes de realizar a mesma finalidade (preservar os valores constitucionais).

No Brasil, a mais recente proposta de utilização do juízo de necessidade para o controle de constitucionalidade de leis penais pode ser encontrada no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes – em julgamento ainda não encerrado – no sentido da inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas ilícitas para uso pessoal¹³¹⁸. O voto do Ministro Gilmar Mendes resenhou as experiências de diversos países europeus (Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa) e latino-americanos (Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai, Costa Rica, Honduras, Jamaica e México), que abandonaram a criminalização da conduta, alguns deles prevendo medidas alternativas mais brandas (sanções administrativas ou encaminhamento para tratamento) e outros deixando até mesmo de estabelecer medidas alternativas.

Além disso, o Ministro Gilmar Mendes lembrou que *“a própria Lei nº 11.343/2006 contém interessantes diretivas que muito podem contribuir para resultados mais eficazes no combate às drogas, em relação a usuários e dependentes, do que a criminalização da posse para uso pessoal”*. Nesse sentido, o voto demonstra ainda que as práticas integrativas realizadas com base na Lei 11.343/2006 produziram melhores resultados na redução do índice de reincidência. Diante dessas informações colhidas no Direito Comparado e também nas experiências nacionais de aplicação de medidas alternativas à criminalização, o Ministro Gilmar Mendes considerou ser possível afirmar que *“a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade”*.

Há outro exemplo recente de utilização do juízo de necessidade pelo STF para controlar a constitucionalidade da criminalização do aborto voluntário nos três primeiros meses de gestação. A decisão da 1ª Turma do STF que, ao revogar a prisão preventiva de acusado de provocar aborto com o consentimento da gestante (art. 126 do CP), considerou inconstitucional a criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro semestre se

¹³¹⁸ STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes.V. íntegra do voto publicado no sítio eletrônico do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

baseou, em grande medida, na violação ao princípio da proporcionalidade¹³¹⁹. Um dos principais fundamentos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que angariou a adesão da maioria da Turma, foi o de que é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas. A esse respeito, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou:

Nesse ponto, ainda que se pudesse atribuir uma mínima eficácia ao uso do direito penal como forma de evitar a interrupção da gestação, deve-se reconhecer que há outros instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivos aos direitos da mulher. Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida. É assim, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal, na França e na Bélgica.

Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade.¹³²⁰

Embora esse voto tenha sido proferido no âmbito do julgamento de um *habeas corpus* que pretendia a mera revogação de prisão preventiva, é importante perceber o modo pelo qual o Ministro Luís Roberto Barroso propôs a utilização do juízo de necessidade. *Em primeiro lugar*, deve-se considerar, para fins de discussão mais ampla do tema, que o conjunto de restrições a direitos fundamentais das mulheres é tão grande e intenso que a submissão dessa lei penal a um escrutínio estrito deve ter como consequência a imputação de elevado ônus argumentativo ao legislador no sentido de demonstrar a aptidão real, concreta, da criminalização para realizar a finalidade de proteção do bem jurídico tutelado. Não é

¹³¹⁹ STF, HC 124306, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 09.08.2016.

¹³²⁰ STF, HC 124306, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 09.08.2016.

admissível, entretanto, que se continue a imputar às mulheres toda a carga probatória de demonstrar cabal e definitivamente a inexistência de qualquer mínima aptidão da lei penal¹³²¹. Como esclareceu Verónica Undurraga, a correta interpretação do princípio da *ultima ratio* do direito penal não pode impor ao legislador o ônus de provar que a medida protetiva alternativa é tão efetiva quanto a criminalização, mas sim que esta é necessária¹³²². A apresentação ao STF de grande quantidade de estudos empíricos que demonstram a incapacidade da medida penal para diminuir as taxas de aborto é mais do que suficiente para que o autor da ação de controle de constitucionalidade se desincumba do ônus de demonstrar a inidoneidade da intervenção penal¹³²³. Caberá ao legislador, se for o caso, apresentar contraprova segura de que a lei apresenta, no contexto brasileiro, mínima aptidão para fomentar a proteção do bem jurídico, sob pena de prevalecerem as premissas fáticas defendidas pelo autor da ADPF 422 (que discute a constitucionalidade do aborto em maior profundidade, em tramitação no STF).

Em segundo lugar, o voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso promove outro enorme avanço no campo da aplicação do juízo de necessidade às leis penais: abandona a presunção absoluta de que outras medidas alternativas não teriam o mesma eficácia que a lei penal e abre espaço para se demonstre, com base em estudos empíricos, que existem outros meios para tutelar o bem jurídico (nascituro) menos onerosos para a mulher. Duas tendências

¹³²¹ Nesse sentido, Gustavo Marin afirma que “[n]aquilo que concerne às restrições pouco intensas de direitos fundamentais, a medida estatal apenas será considerada contrária à necessidade se ficar demonstrado de modo unívoco a existência de alternativa igualmente idôneas e menos lesivas – regra da univocidade, própria de um controle de evidência pouco exigente. Já nas hipóteses de uma intervenção estatal restritiva mais grave, deverá ser correspondentemente mais intenso o controle de constitucionalidade com base na regra da necessidade, exigindo em face do responsável pela emissão da comunicação jurídica uma argumentação mais exaustiva acerca de ter ou não exaurido, dentro de padrões de razoabilidade, as fontes de dados empíricos e normativos dos quais dispunha no momento de formulação da decisão, possibilitando assim uma verificação mais confiável da procedência ou improcedência constitucional de seus conteúdo” (MARIN, Gustavo de Carvalho. *Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal 2011 - 2012*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo).

¹³²² UNDURRAGA, Verónica. O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto. Tradução de Cristina Teles. *Publicum*, v. 2, n. 2, p. 15-44, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/25160/18097>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

¹³²³ Embora sem defender a repartição do ônus probatório com o legislador, Raquel Scalcon afirma que “em razão da exigência de *ultima ratio*, a utilização do direito penal será tanto mais discutível quanto mais frágeis as evidências sobre a insuficiência de medidas não penais na promoção do fim buscado. Logo, em um cenário de forte incerteza (“zonas limítrofes”), a invasão dessa ordem (medidas extrapenais previamente a medidas penais), ainda que não seja constitucionalmente vedada, também não parece ser constitucionalmente recomendada. A dúvida empírica relevante, vem não para legitimar, mas para limitar o legislador, quanto maior ela for, menor será a possibilidade de validamente restringir direitos fundamentais contrapostos” (SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 108).

nesse campo parecem irreversíveis: (i) a verificação da eficácia das medidas penais e das medidas alternativas passa a contar com o referencial informativo do Direito Comparado, do qual se pode extrair importantes dados sobre os efeitos da descriminalização; e (ii) a comparação entre os graus de eficácia dessas medidas passa a contar com estudos empíricos cuja precisão e profundidade têm aumentado a cada dia. O mais importante é ressaltar que a necessidade de criminalização não pode ser simplesmente presumida, e muito menos considerada insindicável pela jurisdição constitucional.

Para além desses casos difíceis, em que a afirmação da desnecessidade da lei penal exige uma comparação entre a intervenção penal e outras alternativas externas ao direito penal, há casos mais fáceis de aplicação do juízo de necessidade no campo penal. Há uma tendência verificada tanto na jurisprudência do STF como também no direito comparado de efetuar o controle da legitimidade da resposta penal estabelecida pelo legislador para determinado delito por meio da comparação sistemática dada pelo próprio legislador a diversos delitos tratados pela mesma lei¹³²⁴. Tal modo de fiscalizar a relação de proporcionalidade entre pena e delito adota como referência para a comparação realizado no juízo de necessidade a sanção prevista pelo legislador para outras condutas de gravidade similar¹³²⁵. Nesse sentido, o espectro de liberdade de conformação das sanções penais é limitado pelas penas já existentes: “*as penas eleitas deverão ser tais que se aproximem àquelas já conferias a tipos penais que tutelem bem jurídico similar ou idêntico*” e também “*devem ser inferiores àquelas fixadas em delitos de maior gravidade (exigência de coerência do ordenamento jurídico)*”¹³²⁶.

Essa forma de aplicar o juízo de necessidade ao controle da constitucionalidade das normas de sanção procura analisar a coerência interna da própria legislação penal. Admite-se “*como necessárias as medidas penais existentes*” para, a partir dessa premissa, controlar necessidade das medidas análogas¹³²⁷. Alguns exemplos podem deixar mais clara a utilização

¹³²⁴ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 175-178.

¹³²⁵ *Ibid.*, p. 178.

¹³²⁶ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 59.

¹³²⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, José Angel. El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, v. 17, n. 1, 2010, p. 84.

dessa metodologia de controle de constitucionalidade das sanções penais¹³²⁸. Em precedente de 1996, a Corte colombiana declarou inconstitucional lei que estabelecia para a contravenção de furto qualificado tratamento punitivo mais severo do que aquele previsto pelo legislador para a mesma conduta quando, em razão da quantia furtada, era considerada como crime¹³²⁹. Nesse julgamento, a Corte concluiu, a partir da confrontação realizada entre a contravenção e o crime, que o legislador aplicou um tratamento mais gravoso à contravenção, o que violaria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Para fundamentar tal decisão, a Corte reconheceu que *“se o legislador considerava que a conduta de furto qualificado, quando o valor apropriado é inferior a dez salários mínimos leias, é um ato de menor transcendência sociojurídica, e o qualificou como contravenção, deveria ser consequente com sua valoração e, portanto, teria que outorgar a essa conduta um tratamento punitivo menos gravoso que aquele fixado para o crime”*.

A jurisprudência da Corte Constitucional da Itália produziu farta jurisprudência sobre a possibilidade de controle da razoabilidade (*ragionevolezza-egualianza*) da intensidade das sanções penais. A primeira sentença, proferida em 1974, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário de lei penal que fixava a mesma pena para quem caçava sem autorização e para quem, embora autorizado, não portasse os documentos comprobatórios¹³³⁰. No caso, a Corte entendeu que a paridade sancionatória injustificada poderia ser encontrada até mesmo dentro da mesma disposição normativa. No Brasil, um recente exemplo desse vício resultante da violação ao subprincípio da necessidade pode ser encontrado no art. 2º, §1º, da Lei 12.850/2013, que estabeleceu para o delito de obstrução de investigação de organização criminosa a mesma pena do delito de organização criminosa (art. 2º, *caput*, da Lei 12.850/2013)¹³³¹.

¹³²⁸ Esse raciocínio foi empregado em voto vencido proferido pelo juiz Pablo Manzano, do Tribunal Constitucional da Espanha, que reconhecia a desproporcionalidade da pena cominada à desobediência grave pela negativa de submissão ao teste de alcohemia ou de consumo de drogas, que era superior à pena aplicada à conduta de conduzir veículo sob efeito dessas substâncias. V. STC 161/1997.

¹³²⁹ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-364/96.

¹³³⁰ Corte Constitucional da Itália, Sentenza n. 218 del 1974.

¹³³¹ A inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 2º, §1º da Lei 12.850/13 foi defendida na ADI 5749 (Rel. Min. Alexandre de Moraes), embora sob o argumento de violação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito: “Concentremo-nos no subprincípio da proporcionalidade stricto sensu, pois o que aqui se sustenta é o desequilíbrio entre a gravidade do delito tipificado no art. 2º, § 1º da Lei 12.850/13 e a pena a ele cominada. Uma técnica bastante utilizada para verificar-se a proporcionalidade ou não da pena cominada a um delito consiste na realização de uma tertium comparationis: toma-se um determinado tipo penal como parâmetro, é dizer, como termo de comparação para o julgamento. Aqui, por óbvio, nosso tertium comparationis será o art. 2º, caput, da Lei 12.850/13 (delito de organização criminosa), mesmo porque o § 1º do referido artigo estabelece que —Nas

No mesmo sentido, a Corte Constitucional da Itália declarou a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena de privativa de liberdade por restritiva de direito para certas infrações penais ambientais quando o próprio legislador autoriza a sua aplicação para crimes mais graves que lesam o mesmo bem jurídico¹³³². Em outro precedente, a Corte manifestou o mesmo entendimento, afirmando que, *“no confronto entre delitos marcados pela lesão de um mesmo bem jurídico, acaba resultando ictu oculi carente de razoabilidade e lesivo ao princípio da igualdade, um complexo normativo que permite se beneficiar das sanções substitutivas aqueles que, entre duas condutas que gradualmente danificam o mesmo bem jurídico, apresenta maior gravidade, discriminando, assim, aqueles que realizaram o fato que menos ofende o mesmo valor jurídico”*¹³³³. Desde então, a Corte Constitucional italiana vem afirmando a ilegitimidade da cominação sancionatória sempre que se encontre diante de tipos penais substancialmente idênticos, mas submetidos a tratamento sancionatório diverso¹³³⁴.

Esse tipo de decisão já compõe o repertório jurisprudencial brasileiro. O STJ reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal – crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada – a partir da comparação da intensidade da sanção questionada com aquela cominada pelo legislador a uma conduta mais grave (tráfico de drogas e homicídio)¹³³⁵. A propósito, o Ministro Sebastião Reis afirmou o seguinte no voto condutor do acórdão:

mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Trata-se, portanto, de demonstrar que, embora se tenha cominado para o delito de obstrução de investigação de organização criminosa (art. 2º, § 1º da Lei 12.850/13) a mesma pena do delito de organização criminosa (art. 2º, caput, da Lei 12.850/13), aquele é muito menos grave do que este, razão pela qual a cominação da mesma pena a ambos viola o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*”. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5231419>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

¹³³² Corte Constitucional da Itália, Sentenza n. 254 del 1994.

¹³³³ Corte Constitucional da Itália, Sentenza n. 249 del 1993.

¹³³⁴ Corte Constitucional da Itália, Sentenze n. 364 del 2004, n. 325 del 2005, n. 22 del 2007 e n. 282 del 2010. De fato, são inúmeras as sentenças que declararam a inconstitucionalidade de sanções criminais com base na comparação com delitos semelhantes. Por meio da sentença n. 26/1979, a Corte declarou inconstitucional a pena cominada a um delito militar de desobediência ao superior hierárquico por considerar que a tal sanção não poderia ser equivalente àquela prevista para o crime de homicídio, que protege a vida (bem supremo do ordenamento constitucional e penal e premissa natural de qualquer situação subjetiva juridicamente protegida). A mesma sentença declarou inconstitucional a equiparação do tratamento punitivo dado ao delito de homicídio voluntário de superior e de lesão pessoal grave ou gravíssima ao superior hierárquico. Seguindo essa mesma orientação jurisprudencial, a Corte Constitucional da Itália declarou inconstitucional a pena prevista para o delito de recusa do serviço militar por motivo de consciência, sob o fundamento de que ela se mostrava excessiva diante da comparação com a pena comina a delito que tinha o mesmo objeto de tutela (o não comparecimento para prestação do serviço militar).

¹³³⁵ STJ, AI no HC 239.363/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, j. em 26.02.2015.

Ademais, se considerarmos que o crime é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja, fica ainda mais evidente a falta de harmonia entre o delito e a pena. Se comparado com o crime de tráfico de drogas – notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública –, percebe-se a total falta de razoabilidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, sobretudo após a edição da Lei n. 11.343/2006, que, apesar de haver aumentado a pena mínima de 3 para 5 anos, introduziu a possibilidade de redução da reprimenda, quando aplicável o § 4º do art. 33, de 1/6 a 2/3.

Com isso, em inúmeros casos, o esporádico e pequeno traficante pode receber a exígua pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses. E mais: é possível, ainda, sua substituição por restritiva de direitos, como todos sabem.

Constata-se, também, que a pena mínima cominada ao crime ora em debate excede em mais de três vezes a pena máxima do homicídio culposo, corresponde a quase o dobro da pena mínima do homicídio doloso simples, é cinco vezes maior que a pena mínima da lesão corporal de natureza grave, enfim, é mais grave do que a do estupro, do estupro de vulnerável, da extorsão mediante sequestro, situação que gera gritante desproporcionalidade no sistema penal.

A decisão da Corte Especial do STJ declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do tipo previsto no art. 273, § 1º-B, V, do Código Penal, mantendo a validade do preceito primário. Para que o delito não ficasse desprovido de sanção, o STJ decidiu que, para adequar o tipo penal incriminador às normas e princípios da Constituição, seria necessário aplicar o preceito secundário, por analogia em favor do réu, do tipo penal mais semelhante com a conduta praticada, que seria a sanção cominada ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, crime contra a saúde pública. A lista de casos de estabelecimento de penas excessivas pelo legislador brasileiro não é curta¹³³⁶. Pierpaolo Bottini apresentou uma série de exemplos de desnecessidade de sanções penais tiradas da comparação com a sanção cominada a outros delitos mais graves¹³³⁷. A pena mínima para o crime de violação de direitos autorais com intuito lucrativo é a mesma dos crimes de infanticídio e de homicídio tentado. Do mesmo modo, a pena prevista para a conduta de dirigir embreagado é maior que aquela cominada para o crime de privação da liberdade de criança ou adolescente. Aliás, a modificação da natureza jurídica do delito de dirigir embreagado – antes crime de perigo abstrato-concreto para crime de mera conduta – não foi acompanhada da redução da sanção. Por meio desses exemplos, Pierpaolo Bottini demonstra a ampla possibilidade de controle da necessidade de sanções no ordenamento

¹³³⁶ Para exemplificar a funcionalidade desse tipo de raciocínio comparativo desenvolvido no âmbito do juízo de necessidade das penas criminais, pode-se mencionar, ainda, a desproporcionalidade do estabelecimento de pena maior para a receptação qualificada (em que o dolo é eventual) do que a pena prevista para a receptação simples (para o qual a lei exige dolo direto). V., em sentido contrário, STF, RHC 117143, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 25.06.2013.

¹³³⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, jul.-ago. 2010, p. 280-282.

jurídico brasileiro. Para tanto, a comparação entre os tipos penais deve levar em consideração não apenas a importância do bem jurídico tutelado, mas também o tipo e a intensidade da ofensa ou do perigo contida na conduta proibida¹³³⁸.

6.6.3 Uma síntese da proposta de renovação do juízo de necessidade das leis penais

Não se ignora a dificuldade metodológica de investigar e comparar graus de eficácia entre as medidas confrontadas (principal e alternativa) e tampouco a margem de ação estrutural do legislador para fazer escolhas sobre os meios a serem empregados. Contudo, há casos em que se pode obter uma comprovação empírica capaz de oferecer uma base segura para afirmar a desnecessidade da intervenção penal. *Em primeiro lugar*, é possível identificar situações em que a disputa sobre a legitimidade da criminalização de certa conduta faz instaurar em diversas partes do mundo as mais diversas soluções para o problema – *e.g.*, descriminalização, despenalização, abrandamento das sanções etc. –, de modo que o conjunto dessa experiência comparada fornece informações seguras sobre o impacto da adoção de certas medidas alternativas.

Quando os mais variados países encontram o mesmo resultado com a adoção de medidas alternativas semelhantes, cria-se um parâmetro seguro para afirmar o sucesso de tal medida na realização da finalidade legislativa. A dificuldade em isolar fatores para identificar com precisão o impacto de reformas legislativas no fenômeno criminal é em grande parte superada pela uniformidade de resultados encontrados nos mais diversos países. Se a descriminalização do aborto ou da posse de drogas para uso pessoal conduz sistematicamente à redução dos danos aos bens jurídicos tutelados – nascituro e saúde pública – na quase totalidade dos países que adotam essa postura liberal, fica evidente que as medidas alternativas possuem maior eficácia real quando comparadas com as leis penais incriminadoras. Por isso, a experiência comparada assume importância superlativa na atribuição de maior segurança das premissas empíricas utilizadas pelo Tribunal Constitucional no juízo de necessidade.

Em segundo lugar, existem também situações em que a criminalização ocorre após certo período de aplicação de outras medidas menos onerosas. Nesse caso, quando se comprova que a inserção da intervenção penal não mostrou aptidão para fomentar a tutela do bem jurídico,

¹³³⁸ V., nesse sentido, Corte Constitucional da Itália, Sentenza n. 394 del 2006.

fica mais fácil afirmar a sua desnecessidade, pois a experiência já acumulada indica que o acionamento de outros ramos do direito já alcançava o mesmo patamar protetivo atingido pela lei penal. A busca por medidas alternativas menos onerosas e igualmente eficientes não deve ser tarefa apenas da jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade das leis penais.

O legislador deve preferir utilizar, em um primeiro momento, a medida menos onerosa, e apenas no caso de insucesso da tentativa, acionar o direito penal. Nem sempre isso é possível ou desejável. Há situações em que não há dúvida de que o direito penal constitui a única *ratio*, como se dá em relação aos ataques à vida ou à integridade física das pessoas. Entretanto, em quase todo o conjunto de delitos que integram o direito penal contemporâneo – *e.g.*, delitos fiscais, ambientais, e infrações cometidas por pessoas jurídicas –, a possibilidade de cominação simultânea de sanções administrativas e criminais recomenda que o legislador opte, em primeiro lugar, pela repressão administrativa, para, somente em caso de comprovada necessidade, fazer uso do sistema penal. É que a falta de uma experiência inicial com base na modalidade menos onerosa de proteção do bem jurídico constitui indício de desnecessidade da intervenção penal. A inconstitucionalidade da lei penal, por desnecessidade, dependerá da distribuição do ônus argumentativo atribuído entre o requerente e o legislador e da performance de cada um deles no processo de controle de constitucionalidade. Quanto maior for o grau de restrição de direitos fundamentais imposto pela lei penal, mais intenso será o controle de constitucionalidade e maior carga argumentativa para demonstração da necessidade da intervenção penal será atribuída ao legislador.

Por fim, é necessário valorizar a racionalidade sistemática que o juízo de necessidade pode imprimir ao controle da severidade das sanções penais. Se existe uma dificuldade metodológica em comparar o grau de eficácia da intervenção penal com medidas alternativas não penais, o mesmo não se pode dizer da comparação que pode ser realizada entre os diversos tipos penais. O legislador não pode cominar sanções substancialmente diferentes para delitos que protegem o mesmo bem jurídico contra o mesmo tipo de ataque. Também não pode cominar sanções iguais para condutas que protegem bens jurídicos com diferentes graus de relevância constitucional. Esse tipo de comparação realizada entre os tipos penais e as respectivas penas pode ser realizada com elevado grau de segurança e deve ser valorizada pela jurisdição constitucional¹³³⁹.

¹³³⁹ A Suprema Corte do EUA afirmou que o juízo de constitucionalidade das penas deve se guiar por três parâmetros: uma comparação da gravidade do delito e da severidade da penal, uma comparação das penas impostas

Embora a Constituição não estabeleça de forma rígida uma hierarquia entre todos os bens jurídicos passíveis de tutela pelo direito penal – até porque nem todos eles têm fundamento expresso no texto constitucional –, não há dúvida de que é possível afirmar a prevalência axiológica de certos direitos, interesses e valores em face de outros. É inegável, por exemplo, que os direitos materialmente fundamentais gozam de maior proteção constitucional do que outros direitos individuais e coletivos. É também indiscutível que certos direitos fundamentais como a vida e a integridade física têm maior relevância constitucional que a propriedade privada e a honra. Também é consensual a ideia de que quanto mais intensa for a forma de ofensa ao bem jurídico mais elevada deve ser a sanção aplicável. Por isso que um crime de perigo abstrato não pode ter a mesma pena que um crime de perigo concreto que tutela o mesmo bem jurídico. Essa é a justificativa que garante, ainda, que um crime tentado não receba o mesmo tratamento sancionatório que um crime consumado.

Esse tipo de raciocínio comparativo está na base do juízo de necessidade da lei penal, que permite que a jurisdição constitucional se valha de um vasto repertório de medidas alternativas já aprovadas pelo legislador capazes de oferecer o mesmo grau de proteção ao bem jurídico com menor restrição de direitos fundamentais. A busca pela coerência interna do sistema penal deixa de ser uma mera diretriz política para ser dotada de uma metodologia normativa de controle da racionalidade do tratamento sancionatório conferido pelo legislador aos tipos penais.

6.7 O juízo de proporcionalidade em sentido estrito da lei penal

Depois de ultrapassar os juízos da adequação e da necessidade, a lei penal deve ser submetida ao juízo da proporcionalidade em sentido estrito, por meio do qual se realiza uma ponderação entre os princípios afetados pela proibição da conduta (preceito primário) e pela pena cominada (preceito secundário) e os princípios que determinam a proteção dos bens jurídicos pressupostos pelos tipos penais. O objetivo do juízo de proporcionalidade em sentido estrito é estabelecer se o grau de restrição dos princípios afetados pela lei penal é compensado

na mesma jurisdição para outros crimes e uma comparação entre sentenças impostas em outras jurisdições. V. *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983).

pelo grau de satisfação dos princípios por ela tutelados¹³⁴⁰. Como visto anteriormente, a estrutura argumentativa desenvolvida por Alexy para controlar essa ponderação leva em consideração três variáveis: o grau de afetação ou de satisfação dos princípios envolvidos imposto pelas normas de conduta e de sanção, o peso abstrato dos direitos fundamentais restringidos e dos bens jurídicos protegidos, e, por último, a segurança das premissas empíricas que sustentam os argumentos favoráveis e contrários à intervenção penal¹³⁴¹.

Essa formulação de Alexy foi utilizada uma primeira e única vez na jurisprudência do STF, em 2014, no julgamento que reconheceu a constitucionalidade da lei que revogou a prescrição da pretensão punitiva contada de forma retroativa com base na pena em concreto no período entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia¹³⁴². O voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Dias Toffoli, se valeu, ainda que parcialmente, dos elementos que compõem a fórmula do peso para avaliar a proporcionalidade em sentido estrito da lei questionada: “[o] *sopesamento compreende avaliar: i) o grau de afetação de um dos princípios; ii) a importância da satisfação do princípio colidente; e iii) se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio*”. Esses elementos foram considerados essenciais para “*estabelecer quais são as razões suficientes para que a um princípio se atribua um peso maior que ao outro, contra o qual colide*”, ou seja, para “*fixar a magnitude, isto é, o peso da importância dos direitos fundamentais afetados, de maneira negativa e positiva, pela intervenção legislativa*”.

¹³⁴⁰ Nesse sentido, a jurisprudência do STF: “Trata-se, assim, de aplicação decisiva do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. O teste da proporcionalidade em sentido estrito impõe a comparação dos custos e dos benefícios da medida restritiva. Consoante a abalizada lição de Robert Alexy: “*quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou restrição de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro*” (ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 14, Oxford, dez. 2003, p. 436. Tradução livre). É a lei da ponderação. Pretende-se, com ela, aquilatar a importância dos bens jurídicos em jogo, fundamentando juridicamente a calibragem das restrições derivadas da intervenção estatal” (STF, ADI 5394 MC, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 12.11.2015).

¹³⁴¹ É comum encontrar referência à proporcionalidade em sentido estrito completamente desacompanhada da estrutura argumentativa que lhe confere contornos de objetividade. Na decisão que declarou a não recepção do art. 25 da Lei de Contravenções Penais, por exemplo, o Ministro Gilmar Mendes afirmou: “Ademais, verifico que a contravenção penal em questão viola o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de satisfação do fim legislativo – a punição de uma conduta apenas quando realizada por pessoas determinadas segundo critérios discriminatórios (condenação anterior ou condição social e econômica) – demonstra ser inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção” (STF, RE 583523, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 03/10/2013).

¹³⁴² STF, HC 122694, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 10/12/2014.

Depois de afirmar que “*é possível recorrer-se a uma escala de graus de intensidade da afetação de um princípio e da importância da satisfação do outro para fundamentar as premissas da argumentação jurídica a ser desenvolvida*”, o Ministro Dias Toffoli lembrou que “*o modelo mais comumente utilizado, segundo Robert Alexy, é o triádico, de três níveis ou graus de intensidade: leve (= fraco, reduzido, débil), médio e grave (= forte, sério, elevado)*”. Ao aplicar esse modelo, poder-se-ia, segundo a proposta de Alexy, “*em vez de utilizar a escala triádica (graus leve, médio e grave), atribuir elementos numéricos crescentes (1,2,3) aos níveis de intensidade da afetação de um princípio e da satisfação do outro, correspondentes àqueles graus, para melhor controlabilidade da argumentação empregada no sopesamento*”. Por fim, o Ministro Dias Toffoli concordou com a visão de Virgílio Afonso da Silva no sentido de que “*não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos*”, de modo que, “[m]ais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas”.¹³⁴³

De fato, o mais relevante para a correta aplicação do juízo de proporcionalidade em sentido estrito no campo penal não é a utilização da *fórmula do peso* em sua versão “matemática”. A principal funcionalidade dessa fórmula é que ela explicita com clareza quais são as variáveis relevantes para a ponderação. Ainda que não se utilize a fórmula em toda a sua extensão, é necessário considerar todos os seus elementos para garantir uma correta fundamentação na aplicação do juízo de proporcionalidade em sentido estrito¹³⁴⁴. Se bem observada, a estrutura da fórmula do peso não corresponde exatamente à lei da ponderação, indo muito além dela. Na lei da ponderação se considera apenas a importância dos princípios envolvidos no caso concreto – grau de não satisfação ou de afetação de um princípio e a importância da satisfação do princípio contraposto –, ao passo que a *fórmula do peso* adiciona outros dois elementos fundamentais na ponderação: o peso abstrato dos princípios em jogo e a

¹³⁴³ STF, HC 122694, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 10.12.2014.

¹³⁴⁴ BERNAL-PULIDO, Carlos. *La racionalidad e la ponderación*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Externado, p. 68. No mesmo sentido, Matthias Klatt e Moritz Meister defendem que “os números da fórmula de sopesamento são meramente um instrumento heurístico. Eles representam avaliações como leves, médias e pesadas. Desta maneira, explicitam a estrutura interna da ponderação e concedem mais racionalidade ao conjunto da argumentação. Porém, o modelo funciona também com o mesmo sucesso sem qualquer utilização de números. Especialmente sua função central, a de esclarecer as três etapas da ponderação, independente da utilização de números” (KLATT, Matthias; MEISTER Moritz. A proporcionalidade como princípio constitucional universal. Tradução Philippe Seyfarth de Souza Porto. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, 2015, p. 55).

segurança das apreciações empíricas concernentes à importância dos princípios. Essa reformulação da lei da ponderação inaugura uma sofisticada e densa operação argumentativa, que procura sintetizar os principais argumentos considerados pelo juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

Estabelecidas essas premissas metodológicas, é necessário avançar para o estudo do modo de aplicação do juízo de proporcionalidade em sentido estrito – que abrange a lei da ponderação e a fórmula do peso – às leis penais. Gloria Mesa desenvolveu importante esforço de sistematização dos critérios que devem ser considerados na atribuição de peso aos elementos que compõem o juízo de ponderação e que serve como ponto de partida para a proposta desenvolvida neste trabalho. Em primeiro lugar, para estabelecer a intensidade com que a medida legislativa questionada afeta os direitos fundamentais no caso concreto – tanto sob a ótica do preceito primário quanto do preceito secundário da norma penal –, é preciso observar os seguintes critérios: (i) o *alcance* da intervenção, o que significa considerar que a intensidade da afetação do direito será maior quanto mais numerosas forem as posições jurídicas afetadas pela proibição de conduta e pela sanção cominada; (ii) a *probabilidade* de que se produza a intervenção, que será tanto maior quando tais restrições sejam consequências diretas e necessárias da medida legislativa e menor quando tais restrições sejam afetações potenciais ou simples ameaças ao direito fundamental; (iii) a *duração* da intervenção no direito fundamental, que será tanto mais intensa quanto maior seja a duração da restrição; (iv) os *efeitos lesivos secundários* potencialmente advindos de uma criminalização, que configurariam afetação indireta de direitos fundamentais; e (iv) a *comparação* da sanção prevista para delitos de natureza similar no direito nacional e comparado, de tal modo que sejam consideradas mais intensas as restrições de direitos fundamentais quando a sanção questionada for superior àquela estabelecida para outros delitos no ordenamento interno e para o mesmo delito em outros ordenamentos jurídicos¹³⁴⁵.

Em segundo lugar, a intensidade com que a norma penal questionada realiza o princípio que fundamenta a intervenção legislativa é determinada principalmente por dois critérios. O primeiro deles é a *lesividade da conduta proibida*, já que quanto mais lesiva para o bem jurídico for a conduta descrita no tipo penal, tanto maior será a contribuição da sua proibição para a

¹³⁴⁵ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 504-510.

proteção desse bem jurídico. Desse modo, a criminalização de uma conduta lesiva configura uma contribuição tanto mais intensa para a tutela do bem jurídico quanto mais concreto for o perigo revelado pela conduta proibida. O segundo critério é a *modalidade de imputação subjetiva*, que determina que a medida penal destinada a prevenir ataques dolosos ao bem jurídico promovem maior satisfação do princípio que fundamenta a intervenção legislativa quando comparada com a medida penal que objetiva prevenir ataques imprudentes ao mesmo bem jurídico¹³⁴⁶.

Em terceiro lugar, o peso abstrato de cada um dos princípios colidentes é determinado pelos seguintes critérios: (i) a *hierarquia constitucional* dos princípios, que impõe reconhecer que os princípios protegidos diretamente pela Constituição têm peso abstrato maior que aqueles princípios protegidos apenas indiretamente pela Constituição – porque não proibidos e, portanto, passíveis de eleição pelo legislador como finalidades autônomas; (ii) *prioridade dos princípios que expressam direitos individuais* em face daqueles que se referem a bens coletivos; (iii) grau de resistência constitucional dos direitos fundamentais, medido a partir do conjunto de garantias disponíveis para reforçá-los; (iv) a proximidade da posição afetada pela intervenção com o *espectro central de aplicações do direito fundamental*; (v) a vinculação da posição afetada ou protegida com o *princípio democrático* e com a *dignidade humana*; e (vi) o reconhecimento da prioridade de um princípio sobre outro em *decisões anteriores referidas a casos análogos*¹³⁴⁷.

Por fim, a ponderação confere relevância à qualidade epistêmica das premissas que respaldam os argumentos favoráveis e contrários à medida legislativa. A ideia central é de que quanto mais intensa for a restrição de direitos fundamentais imposta pela lei penal, maior deve ser o grau de certeza das premissas empíricas que a fundamentam. De um lado, as premissas empíricas que oferecem suporte à afirmação da constitucionalidade da lei penal são principalmente aquelas concernentes ao grau de idoneidade e de necessidade da medida legislativa. De outro lado, as premissas empíricas que fundamentam os argumentos contrários à lei penal estão relacionadas ao seu grau de lesividade e à sua falta de necessidade.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, p. 511-513.

¹³⁴⁷ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 503-525.

Nesse sentido, a certeza das premissas relativas ao grau de idoneidade da medida depende da qualidade das provas quanto à sua eficácia preventiva e da inexistência de dados que indiquem a ausência de utilidade ou seu caráter contraproducente para a proteção do bem jurídico. Já a certeza das premissas empíricas relativas ao grau de lesividade depende da constatação do nível de certeza da afetação do direito, vale dizer, da averiguação sobre se a restrição constitui uma consequência necessária ou apenas provável da intervenção legislativa. Em relação ao grau de certeza das premissas ligadas à necessidade da medida, cabe fazer uma distinção que depende da pré-existência de outras medidas alternativas voltadas à tutela do mesmo bem jurídico: o grau de certeza da necessidade da lei penal será tanto maior quanto mais densa for a experiência pretérita de aplicação de outras medidas menos onerosas para proteger o bem jurídico. Como visto anteriormente, a falta de qualquer experiência alternativa à tutela penal antes da tomada da decisão criminalizadora reduz o grau de certeza das premissas empíricas que suportam a necessidade da intervenção penal¹³⁴⁸.

A essa altura, cabe lembrar que esses critérios propostos por Gloria Mesa para elevar as possibilidades de controle da fundamentação utilizada no momento de submissão da lei penal ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito não eliminam a discricionariedade envolvida na operação de atribuição de peso aos elementos considerados na ponderação. E é justamente esse elemento discricionário da atribuição de pesos que constitui a fonte das críticas à suposta falta de objetividade do juízo de proporcionalidade em sentido estrito¹³⁴⁹ e da consequente transferência da decisão final sobre a legitimidade da intervenção penal do Poder Legislativo para o Poder Judiciário¹³⁵⁰. O exame da proporcionalidade não autoriza o Judiciário a substituir

¹³⁴⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 525-531.

¹³⁴⁹ As principais críticas foram assim resumidas por Bernal-Pulido: “[a] impossibilidade de prever os resultados da ponderação se deveria à sua falta de precisão conceitual e o fator principal que determinaria essa falta de precisão conceitual seria a inexistência de uma medida comum que possibilitaria determinar o peso de princípios relevantes em cada caso concreto” (BERNAL-PULIDO, Carlos. *La racionalidad e la ponderación*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Externado, p. 47).

¹³⁵⁰ A propósito, a jurisprudência do STF: “Não se pode deslembrar que a proporcionalidade, como pondera Luís Prieto Sanchís, deve ser aplicada com prudência, haja vista que, por força da separação dos Poderes, não se pode jugular a soberania política do Parlamento e sua legitimidade democrática. Isso, por óbvio, não significa renunciar a um controle de constitucionalidade de ordem material nem outorgar ao legislador discricionariedade política absoluta - o que importaria na criação de um espaço isento, de uma ‘lacuna de constitucionalidade’ -, mas, sim, validar opções políticas legítimas. O Parlamento tem competência para configurar ou conformar as disposições constitucionais e a faculdade de escolher o conteúdo das leis, dentre um amplo número de alternativas de ação. Representa, ainda, o órgão que, em princípio, deve solucionar as colisões de direitos fundamentais e harmonizar as diversas exigências normativas que emanam da Constituição” (HC 122694, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 10.12.2014).

a decisão tomada pelo Legislativo por outra decisão que realize os princípios envolvidos em maior medida. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade serve para afastar decisões legislativas *inadequadas*, *desnecessárias* ou *desproporcionais em sentido estrito*, mas não autorizam o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade das leis, a realizar uma otimização de princípios que despreze a decisão prévia de estabelecer uma medida concreta pelo órgão competente.

Para evitar a substituição do legislador pelas escolhas judiciais é que os princípios formais assumem relevância a fim de garantir diversas margens de ação legislativa que restringem o alcance com que podem ser aplicados os subprincípios da proporcionalidade no controle das leis penais. Além da *margem de ação estrutural para eleição de fins* – são legítimas todas as finalidades não proibidas pela Constituição – e da *margem de eleição de meios* – que não precisam ser os mais eficientes, mas apenas devem garantir uma relação positiva de fomento à finalidade perseguida –, outras duas margens de ação dizem respeito mais diretamente ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

A primeira é a *margem para ponderação*, que se expressa quando existe um empate ponderativo entre as razões favoráveis e contrárias à lei penal. Há vasta literatura sobre como a jurisdição constitucional deve proceder diante de empate resultante da aplicação da fórmula do peso. Se, sob o ponto de vista da ciência penal e da criminologia, se defende que a validade da lei penal depende da demonstração de que os benefícios obtidos com a criminalização devem ser superiores aos custos por ela produzidos na liberdade dos indivíduos, a perspectiva constitucional tende a considerar que o princípio democrático determina o reconhecimento da constitucionalidade da lei penal em caso de empate ponderativo. Embora, de fato, os princípios formais tenham capacidade para desempatar a ponderação em favor da lei penal incriminadora, tal discussão é muito menos produtiva do que parece. Os casos reais de empate ponderativo, especialmente se se leva a sério a aplicação da fórmula do peso, são raríssimos.

A segunda margem de ação de que dispõe o legislador é a *margem de ação epistêmica*, que, dentro de certos limites, permite que o legislador tome decisões que afetam direitos fundamentais sobre a base de premissas empíricas incertas. Defende-se, nesse sentido, que a adoção de uma concepção ampla do âmbito de proteção dos direitos fundamentais cumulada com a exigência de bases empíricas seguras para a restrição desses direitos resultaria em

paralisação quase completa da atividade legislativa no campo penal¹³⁵¹. Por outro lado, não se pode admitir que o legislador opte pela restrição intensa de direitos fundamentais com base em premissas empíricas falsas. Diante desse dilema, Gloria Mesa propõe um caminho intermediário, que estabelece que quanto mais intensa for a intervenção nos direitos fundamentais produzida pela lei penal, maior deve ser o grau de certeza das premissas empíricas que a fundamentam¹³⁵².

Além disso, o teste da proporcionalidade em sentido estrito deve ser levado a efeito com o cuidado de não transformar a competência revisora do Poder Judiciário em competência primária para realizar a melhor otimização de princípios em cada caso concreto. No campo penal é necessário recordar que a submissão de uma regra ao juízo de proporcionalidade possibilita apenas que o Judiciário exerça a fiscalização da sua validade tão somente para evitar que medidas estatais restrinjam direitos e interesses para além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar¹³⁵³. É possível que uma medida penal seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito e não promova, na visão do Judiciário, a melhor otimização dos princípios colidentes. Isso, porém, não autoriza a revisão ou a substituição da medida legislativa.

Em síntese, a correta aplicação do juízo de proporcionalidade em sentido estrito exige a consideração dos três elementos que integram a ponderação – a importância dos princípios envolvidos no caso concreto, o peso abstrato dos princípios em jogo e a segurança das apreciações empíricas concernentes à importância dos princípios –, e a consequente atribuição de pesos ou graus de relevância a cada um desses elementos¹³⁵⁴. Cada um desses três elementos apresenta certas peculiaridades na aplicação às leis penais. É o que se verá a seguir.

¹³⁵¹ A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA já afirmou diversas vezes que as incertezas científicas não devem paralisar o exercício do poder legislativo. V., nesse sentido, *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346, 360, n. 3 (1997); *Jones v. United States*, 463 U.S. 354, 364–365, n. 13, 370 (1983).

¹³⁵² LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 526. Essa proposta está baseada na conhecida “segunda lei do sopesamento”, segundo a qual “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 617).

¹³⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175.

¹³⁵⁴ Uma forma sintética de aplicar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ao delito de porte de droga para uso pessoal consta das anotações para voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso: “Mas é sobretudo no terceiro subprincípio – o da proporcionalidade em sentido estrito –, quando se vai aferir o custo benefício da criminalização que a desproporcionalidade se evidencia de maneira mais contundente. O custo tem sido imenso –

6.7.1 A intensidade da afetação dos direitos fundamentais pela intervenção penal: o problema da imprecisão da lei penal

Como se viu, o estabelecimento da intensidade com que a medida legislativa questionada afeta os direitos fundamentais no caso concreto – tanto sob a ótica do preceito primário quanto do preceito secundário da norma penal – depende, entre outros fatores, do *alcance* da intervenção. Isso porque a intensidade da afetação do direito será maior quanto mais numerosas forem as posições jurídicas afetadas pela proibição de conduta e pela sanção cominada. Nessa perspectiva, Gloria Mesa afirma que “*quanto mais imprecisa e genérica for a descrição da conduta proibida, tanto mais intensa será a intervenção na liberdade, pois maior será o espectro de ações concretas suscetíveis de ser subsumidas dentro do tipo penal*”¹³⁵⁵. É certo que quanto mais imprecisa for o preceito primário do tipo penal maior será a possibilidade de subsunção de condutas à sua hipótese de incidência.

No Brasil, por exemplo, o tipo penal previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, ao estabelecer que incorre nas mesmas penas do delito de organização criminosa (no art. 2º, *caput*, da Lei 12.850/13) aquele que “*impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa*”, tem potencial para alcançar uma enorme gama de condutas potencialmente criminosas. A experiência recente mostra que esse dispositivo legal foi utilizado para imputar ao Presidente da República o crime de obstrução de justiça no âmbito de organizações criminosas pela conduta de nomear cidadão em gozo dos direitos políticos para o cargo de Ministro de Estado¹³⁵⁶. O mesmo tipo penal foi imputado a parlamentar pela conduta de cogitar aprovar leis que supostamente subtraíam “*do sistema de*

em recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, nas vidas de jovens que são destruídas no cárcere, no poder do tráfico sobre as comunidades carentes – e os resultados têm sido pífios: aumento constante do consumo”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

¹³⁵⁵ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 505.

¹³⁵⁶ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/pgr-apresenta-nova-denuncia-contralula-e-dilma-agora-por-obstrucao-de-justica>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

justiça criminal instrumentos de atuação que têm sido cruciais e decisivos par ao êxito da operação lava jato”¹³⁵⁷.

A particular amplitude do alcance da lei penal deve ser levada em consideração no momento da definir a intensidade da afetação dos direitos fundamentais. E esse é um passo importante da proporcionalidade em sentido estrito. A possibilidade de proibição de um grande número de posições jurídicas deve ser levada em consideração no momento da atribuição de peso à quantidade e à intensidade das restrições de direitos fundamentais impostas pela lei penal. Essa operação argumentativa, contudo, não pode prescindir da análise prévia sobre a compatibilidade do tipo penal com a exigência de taxatividade, consectário lógico da legalidade em matéria penal (art. 5º, XXXIX, da CF). A lei penal somente se submeterá ao juízo de proporcionalidade se passar, em primeiro lugar, pelo filtro da legalidade. É verdade que toda lei – inclusive a lei penal – tem algum grau de imprecisão. Quanto maior a imprecisão da lei penal, “*mais intensa será a intervenção na liberdade, pois maior será o espectro de ações concretas suscetíveis de ser subsumidas dentro do tipo penal*”. Entretanto, a imprecisão da lei penal não pode ser de tal magnitude que o próprio preceito da legalidade seja violado.

O princípio da taxatividade exige que a conduta criminalizada seja objetivamente delimitada por lei anterior, de modo a permitir que se conheça, de antemão, os limites do comportamento penalizado, evitando com isso a proliferação de tipos penais com conceitos demasiadamente abertos e indeterminados¹³⁵⁸. O princípio da taxatividade obriga a que os textos jurídicos que expressam normas sancionadoras estejam redigidos com precisão, de maneira que o cidadão que os consulte possa predizer as consequências penais de suas ações¹³⁵⁹.

¹³⁵⁷ O inquérito instaurado para investigar esse suposto delito foi arquivo, a pedido da PGR, por ausência de provas. Decisão disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312914065&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

¹³⁵⁸ O princípio da taxatividade tem por finalidade evitar possa o direito penal transformar-se em instrumento arbitrário, orientado pela conduta de vida ou pelo ânimo. Considerando que a função primeira do direito penal é a de delimitar as áreas do justo e do injusto, mediante um procedimento ao mesmo tempo substancial e informativo, a exata descrição dos elementos que compõem a conduta criminosa serve, primeiramente, ao propósito de sua materialização, quer dizer, sua condição espaço-temporal; depois, como instrumento de comunicação entre o Estado e os cidadãos, pelo qual se assinalam as zonas do proibido e do permitido. V. TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2002, p.173.

¹³⁵⁹ FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*. Madrid: Ed. Civitas, 2002, p. 41.

A função punitiva do Estado, especialmente no campo penal, encontra no princípio da legalidade sua primeira barreira. Não se pode negar que a exigência de legalização do processo de criminalização exerce papel fundamental na contenção do poder punitivo estatal¹³⁶⁰. O princípio da legalidade penal, formulado sob a ótica do positivismo clássico, garantiu aos indivíduos uma garantia formal: para se tornar crime, a conduta deve estar, previamente, definida em lei como tal. A solução do problema da legitimidade do direito penal permaneceu reduzida, por todo o percurso das tradições hermenêuticas positivistas, à exigência de previsão legal da conduta incriminada. A compreensão mais atual de que a norma jurídica deve ser entendida como instrumento de comunicação – concepção devida, em grande medida, à contribuição de Habermas¹³⁶¹ – remete ao problema da efetividade do ato comunicativo produzido pelo Estado a partir da criação do tipo penal. O emissor deve garantir que a norma jurídica, como ato de comunicação, chegue com segurança e precisão aos seus destinatários. É que não se pode negar que a compreensão individual acerca do âmbito de proibição depende da realização de um ato de comunicação entre o Estado e o indivíduo.

No âmbito do direito penal, essa compreensão resultou na reformulação do princípio da legalidade. A visão segundo a qual a mera previsão em lei da conduta criminalizada garante a legitimidade da intervenção estatal no campo penal está superada por uma concepção substancial do princípio da legalidade. A Corte Europeia de Direitos Humanos, em sucessivos pronunciamentos, tem potencializado a função garantista do princípio da legalidade estrita em matéria penal para assegurar o valor da previsibilidade do campo da proibição penal¹³⁶². O foco passa a ser a possibilidade real e concreta de o indivíduo conduzir um curso de ação a partir de um determinado referencial normativo.

¹³⁶⁰ Sobre o tema, convém consignar a lição de Ayres Britto, para quem a legalidade penal é expressamente positivada como ato-condição da descrição de determinada conduta humana como crime, e, nessa medida, passível de apenamento estatal, tudo conforme a regra que se extrai do inciso XXXIX do art. 5º da CF, *ipsis litteris*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Nessa ordem de ideias, prosseguiu o Ministro: “E assim afirmo por entender que a norma criminalizante (seja ela proibitiva, seja impositiva de condutas) opera, ela mesma, como instrumento de calibração entre o poder persecutório-punitivo do Estado e a liberdade individual. Quero dizer: a norma estatal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional” (STF, HC 111017, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. em 07.02.2012).

¹³⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹³⁶² V. Corte Europeia de Direitos Humanos, Seção IV, 6 mar. 2012, *Huhtamäki c. Finlândia*; Seção IV, 7 fev. 2012, *Alimuçaj c. Albânia*; Grande Câmara, 17 mai. 2010, *Kononov c. Lettonia*; Grande Câmara, 12 fev. 2008, *Kafkaris c. Chipre*; Seção III, 24 mai. 2007, *Dragotoniou e a. c. România*; Seção III, 24 abr. 1990, *Kruslin c. França*.

Nesse sentido, a Corte Europeia reconduz a legalidade à exigência de que a regra de proibição seja razoavelmente cognoscível – *i.e.*, acessível e previsível – no momento da escolha de comportamento¹³⁶³. A Corte, assim, tem coerentemente entendido a previsibilidade como previsibilidade social¹³⁶⁴. As decisões da Corte Europeia têm acentuado a necessidade de garantir um grau mínimo de previsibilidade quanto ao âmbito de proibição criado pela norma penal. Só há algum sentido ético na aplicação de uma sanção penal quando se estiver diante de uma conduta reprovável sob o prisma da ordem jurídica vigente¹³⁶⁵. Como considerar reprovável uma conduta cuja proibição o indivíduo não tem acesso ou não possa considerar provável?¹³⁶⁶ Qualquer função legítima que se pretenda atribuir ao direito penal deve partir da premissa de que a pessoa somente se sujeita à pena se houver conscientemente praticado conduta contrária à ordem jurídica¹³⁶⁷. Embora não se desconheça a crítica psicanalítica e social à noção de livre arbítrio¹³⁶⁸, não há como negar que o indivíduo só pode pautar sua conduta de

¹³⁶³ Por todos, ZAGREBELSKY, Vladimiro. La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale. *Ius17@unibo.it. Studi e materiali di diritto penale*, n. 1, 2009, p. 57.

¹³⁶⁴ V. Sentença de 24 mai. 1988, *Müller c. Svizzera* (n. 10737/84); Sentença de 22 nov. 1995, *S. W. c. Reino Unido* (n. 20166/92).

¹³⁶⁵ A respeito, LOPEZ DE OÑATE que a certeza constitui “la específica eticità del diritto”: “L’azione humana ha bisogno per realizzarsi di partire fin dall’inizio da una fede nella vita sociale, fede che può sussistere solo se la società contraccambia la sua fede nell’azione stessa, e le ricambia il dono che essa fa alla società, conferendole la garanzia che è data dalla certeza... In questo il diritto mostra la sua natura schiettamente umana, indissolubilmente legata al mondo degli uomini e solo ad esso: gli uomini hanno bisogno, per la loro azione presente, di potere contare sulla loro azione futura, sulla portata della propria azione futura, e dunque anche sull’azione degli altri uomini” (LOPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certezza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1968. p. 49.).

¹³⁶⁶ A Corte Constitucional italiana, há mais de vinte anos, tem reconhecido que a demonstração de não acessibilidade do resto ou a não previsibilidade da consequência do agir privado – não obstante o pontual adimplemento por parte do cidadão do dever de informação – faz a lei penal não cognoscível e, por consequência, não culpável a conduta, ainda que típica e antijurídica, praticada pelo indivíduo. Cf., por todas, Sentenza 364, de 14 de março de 1988.

¹³⁶⁷ A pena aplicada a quem não conhece o limite do proibido pela norma não desenvolve mais qualquer função nem sobre o plano da retribuição nem da prevenção (seja geral ou especial).

¹³⁶⁸ Luana de Carvalho Silva Gusso acentua, com base em Joel Birman, o seguinte: “O sujeito de direito, tal como requerido pelas construções da dogmática jurídica no século XIX e boa parte do século XX, está encerrado nos aportes da filosofia transcendental, ou seja, está situado em um espaço-tempo determinado por uma consciência racional. A razão é a unidade delimitadora de todas as possibilidades subjetivas construídas no limiar da modernidade, que acaba por formatar a noção de sujeito de direito penal como o “homem do livre-arbítrio”. De tão abstrato e irreal, o o homem do livre-arbítrio como fundamento do direito soberano é esvaziado de qualquer função de garantia ou defesa material da vida humana, o que possibilita a negação de direitos (e por conseguinte da própria subjetividade) de qualquer vida humana mais frágil, como os mais pobres, os doentes, os dissidentes políticos, os imigrantes, as mulheres e os jovens”. (GUSSO, Luana de Carvalho Silva. *RDU – Revista de Direito Univil / Universidade da Região de Joinville*, v.1, n. 1, 2011, p. 44).

acordo com uma norma jurídica¹³⁶⁹ se esta for acessível e contar com um grau considerável de previsibilidade em sua interpretação¹³⁷⁰.

É necessário garantir um mínimo de acessibilidade e previsibilidade, por parte dos indivíduos, sobre a extensão do poder punitivo estatal. A decisão sobre a criminalização não pode depender de uma série de juízos dotados de elevada carga subjetiva, incompatíveis com o grau de certeza sobre o sentido da lei exigido pelo princípio da taxatividade¹³⁷¹. Como alerta Ferreres Comella, o princípio da taxatividade é garantia de tratamento dos cidadãos de forma imparcial pelo Estado, sem arbitrariedades ou discriminações:

Somente se a lei é precisa pode o Parlamento transmitir ao juiz imparcialidade. O juiz poderá ser imparcial somente se resolve o caso com fundamento em critério pré-existente, elaborado em outro lugar, em tempo não litigioso. Se a lei é imprecisa, ao contrário, se abre um espaço de poder para o juiz, e existe então o risco de que o juiz, ao concretizar a lei em uma direção em lugar de outra, o faça para beneficiar ou prejudicar uma das partes. (...)

Quando o direito penal é impreciso, existem, como sabemos, maiores riscos de discriminação por parte dos órgãos do Estado encarregados de fazê-lo efetivo.¹³⁷²

A título ilustrativo, constitui crime, no dia da eleição, “*a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos*” (§ 5º do art. 39 do Código Eleitoral). Já o art. 233 do Código Penal tipifica a conduta de “*praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público*”. Não se pode extrair dessas expressões – “*divulgação de qualquer espécie de propaganda*” ou “*praticar ato obsceno*” – um consenso semântico seguro capaz de delimitar razoavelmente o sentido das ações proibidas pela lei penal. O legislador estaria se valendo de tipos penais indeterminados para transferir ao Judiciário a

¹³⁶⁹ O Estado Moderno funda sua noção de indivíduo na liberdade de ação na vida privada para escolher o que é melhor para si e quais riscos correr. É fundamental, segundo esse paradigma liberal, que o sujeito, agora indivíduo, seja objeto de igual tratamento com relação aos demais e que o Direito passe a regular ações futuras de maneira clara e direta, para que os indivíduos, ao realizarem as suas escolhas, saibam quais os limites sem que sofram interferências em suas preferências.

¹³⁷⁰ Nesse sentido, o pertinente trecho do acórdão do STF: “A segurança jurídica penal não se revela apenas na exata descrição típica, mas também na previsibilidade das sanções” (HC 94646, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 31.03.2009).

¹³⁷¹ Em decisão do ano de 2012, o Tribunal Constitucional da Espanha declarou inconstitucional artigo do Código Penal que criminalizava a caça ou pesca de espécies não ameaçadas – para as ameaçadas se previa uma punição mais grave – cuja caça ou pesca não estivesse expressamente autorizada. O Tribunal afirmou que a norma não continha efetivamente o núcleo essencial da proibição pois remete integralmente para o Executivo a determinação das espécies não expressamente autorizadas, de modo que o Governo ficava completamente livre na definição da conduta típica. V. STC 101/2012.

¹³⁷² FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*. Madrid: Ed. Civitas, 2002, p. 52 e 55.

decisão não apenas sobre a aplicação da lei penal, mas também da construção do próprio conteúdo do injusto penal, o que, definitivamente, viola o princípio da taxatividade.

Em síntese da doutrina norte-americana sobre o tema, Clarissa Hessick lembra que quando uma lei deixa de oferecer aos promotores uma indicação clara de qual conduta é legal e permitida, ela “*admite uma discricionariedade virtualmente completa nas mãos*” dos aplicadores da lei¹³⁷³. De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, essa discricionariedade irrestrita pode resultar em “*aplicação arbitrária e discriminatória*” da lei penal porque “*permite que policiais, promotores e juízes sigam suas predileções pessoais*”¹³⁷⁴.

Embora a legalidade e a taxatividade sejam concebidas por alguns autores como típicas regras jurídicas¹³⁷⁵, Ferreres Comella defende que a taxatividade deve ser entendida como princípio e que, portanto, não pode ser vista como uma exigência de que os textos das normas sancionadoras sejam absolutamente precisos, já que certa margem de indeterminação é insuperável, e, em certo grau, até mesmo recomendável. Mas essa margem de indeterminação pode variar de acordo com quatro critérios identificados como mais relevantes: (i) o elemento da norma penal que resulte afetado; (ii) a gravidade da sanção; (iii) a relação (mais ou menos forte) que exista entre a conduta proibida pela norma e o exercício da liberdade de expressão; e (iv) o tipo de destinatário da norma penal¹³⁷⁶.

Mesmo que entendida como princípio, a taxatividade não perde sua capacidade de controlar a excessiva imprecisão da lei penal. Uma particular forma de aplicação do juízo de necessidade pode ser útil na averiguação da proporcionalidade da lei penal que restrinja o princípio da taxatividade. Sob essa perspectiva, é necessário saber se existem outras alternativas de descrição típica que realizem o mesmo grau de tutela do bem jurídico com menor ônus para a liberdade. Se houver essa alternativa, o preceito primário da lei penal poderá ser declarado inconstitucional em razão da desnecessária – e, portanto, excessiva – restrição ao princípio da taxatividade. Esse argumento foi recentemente desenvolvido por José Carlos Porciúncula na

¹³⁷³ HESSICK, Carissa Byrne. Vagueness principles. *Arizona State Law Journal*, v. 48, n. 4, 2016, p. 1143.

¹³⁷⁴ V. Suprema Corte dos EUA, *Smith v. Goguen*, 415 US 566, 575 (1974).

¹³⁷⁵ V., nesse sentido, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002, p. 23-50, p. 26.

¹³⁷⁶ FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*. Madrid: Ed. Civitas, 2002, p. 91.

ADI 5749 que discutia a constitucionalidade do delito de obstrução de justiça no âmbito da lei das organizações criminosas¹³⁷⁷:

Alguns critérios têm sido utilizados para aferir se um preceito penal indeterminado ultrapassa o limite daquilo que se considera tolerável (em razão, repita-se, das características da linguagem ordinária e da impossibilidade do legislador renunciar à utilização de elementos valorativos), terminando por violar o princípio da taxatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Um dos critérios mais festejados pela doutrina, e provavelmente o mais seguro deles, reza o seguinte: um enunciado penal indeterminado deverá ser considerado inconstitucional sempre que o legislador dispusesse da possibilidade de uma redação legal mais clara e precisa. Ora, a aplicação do referido critério ao art. 2º, § 1º da Lei 12.850/13, não deixa qualquer dúvida a respeito de sua inconstitucionalidade. Com efeito, é inegável que o legislador tinha a possibilidade de formular o tipo penal em questão de modo muito mais claro e determinado, enunciando aquelas condutas que, a seu ver, poderiam configurar tal crime. Note-se que, para tanto, não seria necessário qualquer esforço: bastaria que tivesse tomado como parâmetro o próprio art. 23 da Convenção de Palermo (*United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*), que contém uma adequada proposta de formulação do tipo penal de *obstruction of justice*.

O critério proposto por José Carlos Porciúncula tem a vantagem de criar um parâmetro para medir se o grau de precisão da lei penal é suficiente para atender à exigência da taxatividade. Esse parâmetro é baseado na comparação entre a descrição típica questionada e a descrição típica utilizada em outros dispositivos legais semelhantes, em delitos estabelecidos por outros países ou em tratados internacionais. Se dessa comparação for possível extrair a conclusão de que o excesso de imprecisão da lei penal poderia ser superado pela utilização de um grau mais intenso de determinação sem prejuízo relevante para a tutela do bem jurídico, será necessário reconhecer a inconstitucionalidade decorrente da restrição desproporcional – por violação ao subprincípio da necessidade – do princípio da taxatividade. É também possível chegar à mesma conclusão pelo reconhecimento de que o tipo incriminador viola a regra constitucional da legalidade penal, vista, sob essa perspectiva, como um conceito jurídico indeterminado cujo conteúdo – grau de exigência de precisão e determinação do tipo penal – é construído pela jurisdição constitucional.

De qualquer modo, apenas quando a lei penal tiver precisão suficiente para ultrapassar o filtro da taxatividade é que o amplo alcance da sua hipótese de incidência poderá ser

¹³⁷⁷ Ver petição inicial da ADI 5749, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

considerado para fixar a intensidade da afetação dos direitos fundamentais no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

6.7.2 Ainda sobre a intensidade da afetação dos direitos fundamentais pela intervenção penal: o problema dos efeitos secundários da criminalização e o *chilling effect* (ou efeito resfriador)

Como já se disse, a aplicação do juízo de proporcionalidade em sentido estrito leva em consideração a importância dos princípios envolvidos no caso concreto, o peso abstrato dos princípios em jogo e a segurança das apreciações empíricas concernentes à importância dos princípios. Entre os critérios utilizados para avaliar a importância dos princípios envolvidos no caso concreto, dois deles apresentam maior complexidade e também melhor capacidade para aperfeiçoar o emprego da proporcionalidade no campo penal. O primeiro deles diz respeito ao alcance da intervenção, que será analisado no item seguinte. O segundo critério identifica os efeitos lesivos secundários potencialmente advindos de uma criminalização, que configurariam afetação indireta de direitos fundamentais. É nesse campo que ganha relevância o efeito resfriador (*chilling effect*) que a criminalização de determinadas condutas pode provocar em relação ao exercício de certos direitos fundamentais, notadamente da liberdade de expressão, contexto em que a generalidade das vedações pode gerar não apenas o risco de aplicação seletiva e parcial das proibições como também um desestímulo à manifestação do pensamento.

De fato, é amplamente conhecida a estreita relação entre o grau de precisão exigido da lei penal e a restrição que ela impõe ao exercício da liberdade de expressão: quanto maior for a restrição a esse direito fundamental preferencial maior deverá ser o grau de certeza e precisão da lei penal. A doutrina e jurisprudência norte-americanas apresentam duas formulações teóricas dirigidas a solucionar essas colisões entre a lei penal e o direito à liberdade de expressão. A “doutrina da amplitude excessiva” (*overbreadth*) tem conduzido à defesa da necessidade de anulação – declaração de inconstitucionalidade “*on its face*” – da lei penal excessivamente vaga que coloque em risco a liberdade de expressão. Essa seria a única forma de afastar o efeito resfriador ou silenciador (*chilling effect*) sobre aqueles que gostariam de se expressar e não o fariam por medo de que se lhes aplique a norma penal, que opera como uma “espada de Damocles”¹³⁷⁸.

¹³⁷⁸ Nesse sentido: “Its shape not mandated by the Constitution, prophylactic overbreadth is a judge-made doctrine aimed at eliminating the chilling effect of overbroad statutes and, even more importantly, at inducing state

A segunda doutrina – da imprecisão (ou *vagueness*) – constitui uma manifestação singular da doutrina geral da nulidade por imprecisão e traz como exigência uma especial clareza das leis que podem afetar a liberdade de expressão, já que os cidadãos poderiam inibir em excesso suas atividades expressivas¹³⁷⁹. A incerteza acerca do exato alcance da norma penal também conduz à sua inconstitucionalidade integral (*on its face*)¹³⁸⁰. A Suprema Corte dos EUA declarou a inconstitucionalidade por imprecisão da lei que punia quem tratasse com desrespeito a bandeira daquele país, por entender que esta expressão era exageradamente imprecisa, especialmente considerando a posição preferencial do direito à liberdade de expressão, que exige maior especificidade, precisão e certeza da lei proibitiva¹³⁸¹.

Os efeitos lesivos secundários potencialmente resultantes de uma criminalização foram levados em consideração pelo Tribunal Constitucional da Espanha ao declarar a inconstitucionalidade do tipo penal de colaboração com quadrilha armada. Nessa decisão, o Tribunal afirmou que a dúvida sobre se a expressão de certas ideias, a comunicação de informações e a participação em determinadas atividades públicas poderiam ser considerada criminosas poderia “*inibir de modo natural o exercício de tais liberdades, necessárias para o funcionamento democrático da sociedade e radicalmente imprescindíveis quanto tal exercício se refere aos partidos políticos e ao momento em que se dirigem a captar a vontade dos cidadãos*”¹³⁸². Essa mesma preocupação com o efeito resfriador que a criminalização pode produzir é um importante fundamento pelo qual o STF deve reconhecer a inconstitucionalidade

legislatures to craft statutes narrowly and state courts to furnish narrowing constructions” (FALLON, Richard. Making Sense of Overbreadth. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 4, 1991, p. 907).

¹³⁷⁹ V., sobre o tema: DECKER, John F. Addressing vagueness, ambiguity, and other uncertainty in American criminal laws. *Denver University Law Review*, v. 80, n. 2, 2002, p. 241-343. Nas síntese de Clarissa Hessick, “*The courts developed the vagueness doctrine to ensure notice, to protect against arbitrary and discriminatory enforcement, and to prevent unwarranted delegations. Expansive and overlapping criminal codes, as well as essentially unfettered prosecutorial discretion have exacerbated these problems, making the vagueness doctrine unequal to the task of protecting these due process interests*” (HESSICK, Clarissa. Vagueness principles. *Arizona State Law Journal*, v. 48, n. 4, 2016, p. 1167).

¹³⁸⁰ V. Suprema Corte dos EUA, *Reno v. Koray*, 515 U.S. 50, 65 (1995) e *Johnson v. United States*, 135 S. Ct. 2551, 2563 (2015). Nesse último caso, a Corte anulou como uma disposição inconstitucionalmente vaga da Lei Criminal de Carreira Armada que definiu como crime violento a conduta que “envolve conduta que apresente um sério risco potencial de dano físico a outra pessoa”.

¹³⁸¹ V. Suprema Corte dos EUA, *Smith v. Goguen*, 415 US 566, 575 (1974): “Onde o legislador não fornece certas diretrizes mínimas, uma lei criminal pode permitir uma varredura sem padrão [que permite que policiais, promotores e júris persigam suas predileções pessoais]”.

¹³⁸² Tribunal Constitucional da Espanha, Sentencia 136/1999.

da causa de aumento de pena para o crime de calúnia praticado contra a honra de funcionário público (art. 141, incisos II e III, do Código Penal)¹³⁸³.

Nos Estados Unidos, a produção de um efeito resfriador sobre a atividade política também tem sido considerado para afastar a incidência do direito penal. Recentemente, em 2016, a Suprema Corte dos EUA, no caso *McDonnell V. United States*¹³⁸⁴, analisou o caso do ex-Governador da Virgínia, Bob McDonnell, que havia sido acusado da prática de corrupção por ter recebido US\$175 mil em empréstimos, presentes e outros benefícios, enquanto exercia o mandato, para ajudar Jonnie Williams a obter aprovação necessária para lançar um novo suplemento nutricional desenvolvido por sua empresa. À época, o então Governador e sua família passavam por dificuldades financeiras. No caso, primeiro, o Governador concordou em apresentar o empresário ao secretário estadual de saúde. Depois, por sugestão de sua esposa, aceitou aparecer ao lado de Jonnie Williams em evento público, ao que o empresário comprou roupas para sua esposa no valor de US\$20 mil em agradecimento. Na sequência, Jonnie Williams concedeu empréstimo no valor de US\$ 65 mil ao Governador. O Governador então agendou diversas reuniões entre o empresário e agências estaduais. O empresário também emprestou sua casa de férias e sua Ferrari a Bob McDonnell e o presenteou com um relógio Rolex. Após obter um segundo empréstimo de Williams, o Governador conversou com várias pessoas sobre os benefícios do produto, organizou recepções em sua casa para seu lançamento e sugeriu a assessor e a diretor de agência a inclusão do suplemento no plano de saúde dos empregados estaduais. O empresário, por fim, concedeu um terceiro empréstimo ao Governador e pagou sua viagem de férias.

Após o fim do mandato, Bob McDonnell foi processado e condenado por corrupção. No entanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos anulou o julgamento, por considerar equivocada a definição de “ato de ofício” utilizada como fundamento para a condenação. Por unanimidade, a Suprema Corte entendeu que a expressão ato de ofício deve ser interpretada restritivamente para incluir apenas atos que envolvam um exercício formal de poder governamental sobre alguma matéria específica que dependa da atuação do agente público (e.g., por meio de aprovação de lei ou da prática de algum ato que esteja pendente). De acordo com o Chief Justice

¹³⁸³ A matéria está afetada ao Plenário do STF aguardando julgamento. Notícia disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374255>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

¹³⁸⁴ Suprema Corte dos EUA, *McDonnell V. United States*, 579 U. S. ____ (2016)

Roberts, que foi redator do acórdão, agendar uma reunião, entrar em contato com outros agentes públicos e organizar eventos não são atos que se enquadram, por si só, nessa definição.

Para a Suprema Corte, adotar uma interpretação expansiva de “atos de ofícios” representaria um problema constitucional, tendo em vista que produziria a criminalização da atuação rotineira de representantes políticos, que devem interagir com os cidadãos e atender os seus interesses, o que pode envolver almoços, reuniões, eventos, o contato com outros funcionários públicos, manifestações de apoio etc. Se tudo isso fosse considerado, por si, corrupção (ou *quid pro quo*), se produziria um efeito resfriador (*chilling effect*) sobre os agentes públicos, que poderiam deixar de atuar em favor de seus eleitores e de responder às suas preocupações legítimas – como exige o governo representativo –, em razão do medo de serem processados criminalmente. A Corte ressaltou que não qualifica os fatos do caso como “uma interação política normal entre agentes públicos e seus representados”, mas que é necessário conferir uma interpretação restritiva e precisa dos “atos de ofício”, para evitar condenações arbitrárias, discriminatórias e sem parâmetros, já que a aplicação do tipo “não está confinada a casos envolvendo presentes extravagantes e grandes somas de dinheiro”¹³⁸⁵. Isso porque a criminalização da conduta do ex-Governador colocaria sob suspeita uma série de condutas que compõem ordinariamente o modo de fazer política, o que colocaria em risco o próprio regime democrático. A definição dos contornos da proibição penal de forma ampla (“sobreinclusão”) traria, como efeito secundário, limitações indesejadas à atividade política.

Essas duas decisões – do Tribunal Constitucional da Espanha e da Suprema Corte dos EUA – mostram a relevância de considerar no exame da constitucionalidade das leis penais as

¹³⁸⁵ Tradução livre. No original: “[T]he Government’s expansive interpretation of official act would raise significant constitutional concerns. Section 201 prohibits quid pro quo corruption—the exchange of a thing of value for an ‘official act. In the Government’s view, nearly anything a public official accepts—from a campaign contribution to lunch—counts as a quid; and nearly anything a public official does—from arranging a meeting to inviting a guest to an event—counts as a quo. But conscientious public officials arrange meetings for constituents, contact other officials on their behalf, and include them in events all the time. The basic compact underlying representative government assumes that public officials will hear from their constituents and act appropriately on their concerns—whether it is the union official worried about a plant closing or the homeowners who wonder why it took five days to restore power to their neighborhood after a storm. The Government’s position could cast a pall of potential prosecution over these relationships if the union had given a campaign contribution in the past or the homeowners invited the official to join them on their annual outing to the ballgame. Officials might wonder whether they could respond to even the most commonplace requests for assistance, and citizens with legitimate concerns might shrink from participating in democratic discourse. [None] of this, of course, is to suggest that the facts of this case typify normal political interaction between public officials and their constituents. Far from it. But the Government’s legal interpretation is not confined to cases involving extravagant gifts or large sums of money, and we cannot construe a criminal statute on the assumption that the Government will ‘use it responsibly.’”

restrições indiretas de direitos fundamentais produzidas pela criminalização. Embora a rigor toda lei penal produza efeitos secundários, em algumas circunstâncias certas criminalizações geram restrições indiretas intensas em direitos fundamentais e princípios constitucionais dotados de alta importância axiológica. É o que ocorre quando a criminalização afeta gravemente o direito à liberdade de expressão ou à liberdade de participação política, especialmente quando essa afetação tem potencial para alcançar um amplo espectro de condutas de um número elevado de pessoas. Nesses casos, a eficácia preventiva geral da criminalização pode se converter em indesejável efeito resfriador do regime democrático. Nenhuma dessas decisões acima referidas teria sido tomada não fosse o reconhecimento de que a criminalização restringiria indevidamente o direito à liberdade de expressão e à participação política.

A consideração dos efeitos indiretos ou restrições secundárias de direitos fundamentais produzidos pela criminalização do exame da proporcionalidade da lei penal não constitui mero diletantismo acadêmico. As recentes propostas de ampliação do âmbito de incidência do delito de terrorismo em discussão no Congresso Nacional brasileiro poderão desafiar o STF a controlar a constitucionalidade do tipo penal sob a ótica dos devastadores efeitos secundários que essa criminalização pode trazer para os movimentos sociais e para os partidos políticos brasileiros. Há outros casos em que esse tipo de raciocínio pode ser empregado, desde já, para aperfeiçoar o controle de constitucionalidade incidente sobre determinados tipos penais. A imputação do crime de lavagem de dinheiro a advogados pelo recebimento de honorários advocatícios tem potencial para restringir gravemente o direito à defesa técnica no processo penal. A criminalização da atividade jornalística – seja pela via dos delitos contra a honra seja pelo caminho da imputação de delito de quebra de sigilo – pode também afetar negativamente o direito à liberdade de expressão. Em todos esses casos, para que o filtro da proporcionalidade em sentido estrito funcione adequadamente é necessário adicionar ao conjunto de direitos fundamentais restringidos tais afetações secundárias e seus efeitos indesejados sobre condutas lícitas atingidas pelo temor de criminalização (*chilling effect*).

6.7.3 O problema de sobrecarga argumentativa da proporcionalidade em sentido estrito: a necessária reabilitação dos juízos de adequação e necessidade

O método tradicional de aplicação do princípio da proporcionalidade tem levado à drástica redução da importância dos juízos da adequação e da necessidade em favor de uma transferência de quase todos os problemas relacionados à legitimidade da lei penal para o

momento da aplicação do juízo da proporcionalidade em sentido estrito. Esse não é um problema localizado da jurisdição constitucional no campo penal. Ao contrário, essa tendência tem sido verificada no controle de constitucionalidade das leis em geral, não apenas no Brasil como também na maior parte do mundo. O esvaziamento da relevância dos juízos da adequação e da necessidade no controle de constitucionalidade das leis penais tem reforçado uma indesejável apatia da jurisdição constitucional em relação ao conhecimento empírico e científico no campo penal. As poucas iniciativas de realizar algum tipo de incursão no campo das premissas empíricas que fundamentam as leis penais ainda padecem da falta de aprofundamento e de mínimo rigor científico.

O modo pelo qual o juízo de adequação tem sido aplicado – exigindo apenas que a medida adotada pelo legislador tenha alguma potencialidade de fomento à realização da finalidade perseguida – tem tornado sua função cada vez mais secundária no quadro geral da proporcionalidade. O conhecimento convencional em torno da adequação parece se contentar em exigir que o meio escolhido pelo legislador esteja vinculado à sua intenção de realizar o objetivo visado, *“sem exigir nenhuma comprovação fática e sem apresentar nenhum critério para essa prova”*¹³⁸⁶. Isso faz com que o teste da adequação seja completamente prescindível. A medida para ser inadequada seria também, necessariamente, desnecessária. Sob essa ótica, a adequação não passaria de um *“passo preparatório e sem efeitos do teste efetivo da proporcionalidade”*¹³⁸⁷.

Todas as dificuldades identificadas a partir dessa aplicação deficiente do juízo de adequação – entre as quais se destacam a eleição de finalidades genéricas e indeterminadas (bens jurídicos intensamente espiritualizados) e falta de comprovação empírica da eficácia preventiva da lei penal incriminadora (especialmente da norma de sanção) – acabam sendo transferidas para os momentos seguintes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Como o juízo de adequação constitui uma avaliação tendencialmente de natureza fática, o desprezo da ciência penal e do direito constitucional pela pesquisa empírica acaba funcionando como óbice metodológico à correta operacionalização dessa fase do exame da proporcionalidade.

¹³⁸⁶ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 172.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, p. 172.

É curioso notar que, se a função essencial da lei penal é prevenir a prática de delitos que afetem os bens jurídicos tutelados, seria coerente que o direito apostasse na intensificação do controle fático ou empírico sobre a capacidade que cada tipo penal incriminador possui para oferecer proteção efetiva a esses bens jurídicos. Entretanto, a realidade mostra exatamente o contrário. A dogmática penal atingiu um dos níveis mais elevados de sofisticação teórica em todo o direito, mas se distanciou progressivamente dos ramos do conhecimento que possuem aptidão para verificar empiricamente a aptidão da lei penal para prevenir delitos e proteger bens jurídicos. Faz-se necessário combater a lógica que orienta o controle de adequação das leis penais segundo a qual “[o]s juízes constitucionais avaliariam se finalidades irreais podem ser atingidas por graus de fomento igualmente imaginários”¹³⁸⁸. As finalidades perseguidas pelo legislador penal devem ser reais e claramente determinadas. E o grau de fomento a essas finalidades deve ser igualmente real e concreto. É nessa direção que o controle de adequação das leis penais deve caminhar.

Esse esvaziamento do sentido prático do juízo de adequação poderia significar um reforço do grau de operatividade do juízo de necessidade. Entretanto, não é isso que acontece. Tradicionalmente, o juízo de necessidade busca questionar se a medida legislativa poderia ser substituída por outra medida alternativa igualmente adequada e com menor onerosidade para os direitos afetados. O modo de realização desse exame da necessidade em relação às leis penais costuma apresentar pelo menos três problemas que abalam seriamente o seu sentido prático de contenção de excessos punitivos.

Em *primeiro lugar*, costuma-se imputar múltiplas funções à lei penal, cumulando finalidades preventivas com outras puramente repressivas ou simbólicas. Essa multiplicidade de funções torna “*improvável, ou, no limite, impossível, a cogitação de variáveis alternativas*”. Em *segundo lugar*, se a busca por alternativas à tutela penal exigir que a comparação entre os graus de eficiência da medida questionada e das medidas alternativas considere todos os efeitos econômicos, sociais e fiscais das medidas comparadas, “*as variáveis que restringem a possibilidade de encontrar uma medida com eficiência compatível tendem a se tornar infinitas, e o número de alternativas viáveis para a comparação, nulo*”. E em *terceiro lugar*, todas as

¹³⁸⁸ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 177.

dificuldades encontradas para averiguar com segurança a idoneidade da lei penal acabam se reproduzindo no momento da aplicação do juízo da necessidade. Afinal, a incapacidade de aferição real da aptidão da intervenção penal para realizar os seus objetivos preventivos acaba impedindo que a comparação entre os graus de aptidão da lei penal e das medidas alternativas tenha qualquer sentido prático.

Tudo isso tem levado a jurisdição constitucional a esvaziar a capacidade prática dos juízos de adequação e de necessidade de contenção de excessos punitivos. O controle de constitucionalidade das leis penais tem se contentado com muito pouco. A maior parte dessa atividade de controle tende a reconhecer que o direito penal globalmente considerado tem alguma eficácia preventiva e negar a possibilidade de substituição da tutela penal por outros tipos de proteção dos bens jurídicos. Esse quadro tem levado a jurisdição constitucional a apostar todas as fichas no juízo de proporcionalidade em sentido estrito das leis penais. Nesse sentido, mas em relação ao controle da proporcionalidade das leis em geral, Lucas de Laurenttis afirmou¹³⁸⁹:

Antes considerada o centro da prova da proporcionalidade, a necessidade é, dessa forma, transformada em uma etapa sem efeitos práticos e termina por ser consumida pela ponderação. Não espanta que juízes e tribunais constitucionais tendam a desconsiderar essa etapa da prova, pois a complexidade do raciocínio envolvido e sua potencial ineficácia desestimulam seu uso prático. Se aliada à baixa capacidade da adequação, entendida como teste puramente empírico, para controlar a relação estabelecida entre meios e fins, essa situação tende a transformar a proporcionalidade em um teste unidimensional: todos os testes e todo o conteúdo da prova são concentrados na ponderação. [...]

O resultado paradoxal dessa orientação é a concentração da análise de todos os problemas e questões juridicamente relevantes na etapa da proporcionalidade em sentido estrito. Inflado, esse teste tem então de ser concebido como uma prova geral e ampla, que considera todas as circunstâncias importantes ao caso e simplesmente pondera direitos, valores, ou interesses, sem ter nenhum ponto normativo de orientação. Com tantas expectativas depositadas em um só teste, não admira que ele gere tamanha controvérsia, nem que se afirme que ele é a porta de entrada e a ocasião para o julgador mascarar suas preferências pessoais com termos e metáforas jurídicas.

Na verdade, a função prática e dogmática de tal crítica é simplesmente ilusória, pois ela afirma, ao mesmo tempo, que a proporcionalidade é um teste analiticamente estruturado, mas transfere para a ponderação a decisão de toda e qualquer questão jurídica relevante e controvertida. Nulas juridicamente, a adequação e a necessidade passam, então, a ser vistas como passos secundários ou como manifestações simplificadas da ponderação que ocorre no final da proporcionalidade.

¹³⁸⁹ LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 187.

A essa altura, parece claro que se tem depositado todas as expectativas de contenção do excesso de poder estatal no juízo da proporcionalidade em sentido estrito. Essa sobrecarga argumentativa suportada pelo exame da proporcionalidade em sentido estrito resulta na concentração de todas as críticas e dificuldades metodológicas nessa fase da proporcionalidade. Afinal, a maior parte das questões relevantes que surgem nas duas primeiras fases (adequação e necessidade) é transferida exatamente para a fase que apresenta maior espaço para escolhas discricionárias por parte do intérprete¹³⁹⁰. Sem desprezar a importância do juízo de proporcionalidade em sentido estrito, a revalorização dos exames da adequação e da necessidade no controle de constitucionalidade das leis penais tem o potencial de agregar maior racionalidade à legislação penal. É por meio deles que a eficácia instrumental do direito penal pode ser testada (adequação) e a eficiência dos meios contestada (necessidade). Tudo isso exige a reprogramação da jurisdição constitucional para a verificação de fatos, o aprofundamento da pesquisa empírica e a valorização da racionalidade prática. O juízo de proporcionalidade pode funcionar, nesse sentido, como mecanismo de comunicação entre o direito constitucional, o direito penal e a criminologia, para garantir que o legislador faça uso moderado e racional da lei penal.

¹³⁹⁰ Embora não se concorde com a tese, foi exatamente por esse motivo que autores como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, no Brasil, chegaram a defender a supressão do exame de proporcionalidade em sentido estrito. V. MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 229-230.

7 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO: O STF COMO LEGISLADOR POSITIVO EM MATÉRIA PENAL

A autocontenção que tem caracterizado até aqui a jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade de leis penais parece ter sido abandonada (pontualmente) em decisões que têm realizado o controle de omissões no campo penal. Curiosamente, nos últimos anos, a jurisdição constitucional deu sinais de maior proatividade na ampliação da repressão criminal do que sua contenção. Essa maior proatividade na intensificação da intervenção punitiva, especialmente no campo do tratamento de crimes de colarinho branco, tem sido orientada por uma legítima expectativa social de que a corrupção seja enfrentada com determinação por todos os Poderes¹³⁹¹. Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente passou a ser usado como argumento para demandar do Judiciário o suprimimento de eventuais falhas de eficiência do sistema penal. Torna-se, assim, indispensável discutir o tema da omissão inconstitucional no campo penal e suas consequências na definição da competência do STF no controle desse tipo de omissão.

Nada obstante o recente crescimento da demanda por intervenções judiciais que ampliem o poder punitivo no campo penal se baseie em pretensões difusas legítimas¹³⁹², o papel que o STF pode desempenhar na intensificação do controle penal está limitado por uma barreira intransponível: a Corte não pode legislar positivamente para ampliar o poder punitivo penal. No plano teórico, não parece haver divergências sérias quanto à proibição de o STF atuar como legislador positivo contra o réu, em razão do princípio da reserva legal¹³⁹³. O Ministro Luís

¹³⁹¹ Para uma análise detida sobre esse momento do país e também sobre o papel do STF nesse contexto, v. BARROSO, Luís Roberto Barroso; OSORIO, Aline, *O Supremo Tribunal Federal em 2017: a República que ainda não foi*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-em-2017-a-republica-que-ainda-nao-foi>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹³⁹² Tanto isso é verdade que o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu que a decisão que afirmou a possibilidade de prisão, após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, mesmo quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário para os tribunais superiores exemplificou o papel representativo que a Corte Constitucional pode desempenhar no Brasil. V. BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹³⁹³ A propósito, o STF já afirmou: “Tome-se o enunciado do preceito: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: (i) vinculação às definições da lei; (ii) vinculação às definições decorrentes --- isto é, fixadas em virtude dela --- de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva de lei*; no segundo, em face da “*reserva de norma*” (norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar; ou regimental). Na segunda situação, ainda que as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa --- mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei --- o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa *reserva de lei em termos relativos* (= *reserva de norma*), razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao

Roberto Barroso já afirmou que o pragmatismo que deve orientar a interpretação das normas penais encontra limite na interpretação semântica dos textos legais. Somente “[d]entro dos limites e possibilidades dos textos normativos” é que “cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”¹³⁹⁴. A virtuosa virada pragmática defendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso “se assenta na busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos”¹³⁹⁵. Em outra oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso, lembrando decisão que deixou de declarar a perda do mandato de um Senador da República condenado criminalmente em razão dos limites textuais da Constituição, afirmou que “eu que defendo uma atuação criativa, construtiva e até reparadora do Judiciário em certos casos, mas o limite há de ser os textos normativos, se o texto não servir de limite aí não há mais limite e ninguém deseja que o Judiciário atue sem limite”¹³⁹⁶.

Se no plano abstrato parece ser consensual a ideia de que o Judiciário não pode atuar como legislador positivo contra o réu no campo penal, na prática nem sempre são tão claros os limites da jurisdição constitucional. Recentes decisões proferidas pelo STF levaram a preocupação sobre os limites da legislação positiva pelo Judiciário no campo penal ao centro do debate nacional. Dois exemplos podem ilustrar a importância atual do tema. No julgamento da medida cautelar na ADC 43, o STF conferiu interpretação ao art. 283 do CPP – que prevê

Judiciário, para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares --- e os vincule. Voltando ao artigo 5º, II do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em *termos relativos*, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando --- manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto --- ato normativo não legislativo, porém regulamentar ou regimental, definir obrigação de fazer ou de não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários. Tanto isso é verdadeiro --- que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos --- que em pelo menos três oportunidades (isto é, no artigo 5º, XXXIX, no artigo 150, I e no parágrafo único do artigo 170) a Constituição retoma o princípio, então o adotando em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica sem *lei*, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça. Não tivesse o artigo 5º, II consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos absolutos, nas hipóteses referidas. Dizendo-o de outra forma: se há um princípio de reserva de lei --- ou seja, se há matérias que não podem ser reguladas senão por lei --- evidente que das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos. Quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; no que concerne a essas matérias não cabem regulamentos e regimentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicenda --- *verba cum effectu sunt accipienda*” (HC 85060, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, j. em 23/09/2008).

¹³⁹⁴ STF, HC 126292 ED, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 02.09.2016.

¹³⁹⁵ V. anotações para manifestação oral no julgamento do HC 152.752, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹³⁹⁶ Palestra disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/congresso-responsavel-judicializacao.pdf>>. Acesso em: 02.01.2019.

que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” – para afastar a interpretação segundo a qual a referida norma “impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”¹³⁹⁷. Essa decisão dificilmente pode ser justificada sem se recorrer à ideia de legislação positiva, já que o resultado final da norma, após a interpretação do STF, afirma algo que não pode ser reconduzido aos limites semânticos da lei interpretada¹³⁹⁸.

O mesmo debate envolve a decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5.874 que determinou a suspensão do âmbito de incidência Decreto Presidencial de indulto do ano de 2017 (Decreto 9.246/2017) para “os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa”¹³⁹⁹. Novamente, a decisão do STF não se limitou a escolher a melhor interpretação – ou afastar alguma delas – diante dos limites textuais e semânticos dos dispositivos questionados. Pelo contrário, a decisão pareceu criar direito novo, sem aderência à moldura semântica dos dispositivos submetidos ao controle de constitucionalidade.

A discussão sobre os limites da jurisdição constitucional como legislador positivo em matéria penal exige, para os fins deste trabalho, um *disclaimer* da maior importância. Não se discorda das premissas filosóficas e sociológicas que orientaram as decisões do STF que afirmaram a constitucionalidade da prisão em segunda instância e a inconstitucionalidade

¹³⁹⁷ STF, ADC 43 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 05/10/2016.

¹³⁹⁸ Segundo Kelly Silva, “os limites da interpretação conforme a Constituição são os de natureza funcional, os quais concernem aos aspectos sustentados por uma jurisdição constitucional – quando houver – em relação às outras jurisdições e pela legislação, por meio deste procedimento que, na verdade, acentua prioridade ao legislador na concretização da Constituição e exige por parte do juiz uma retidão, porque este não pode ignorar os limites do texto da norma constitucional, o que ocorre quando a variante da interpretação no meio da interpretação conforme realizada pelo juiz resulta em uma correção do texto de norma elaborado pelo legislador” (SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 375).

¹³⁹⁹ STF, ADI 5874 MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 12.03.2018.

parcial do Decreto de indulto presidencial expedido no final do ano de 2017 (Decreto 9.246/2017)¹⁴⁰⁰. Aliás, não se considera correta a tese de que a única interpretação possível do art. 5º, LVII, da Constituição Federal é aquela que só permite a execução da pena após o trânsito em julgado. Entende-se que o legislador pode optar pelo início da execução da pena após o julgamento em segunda instância sem qualquer vício de inconstitucionalidade¹⁴⁰¹. O sistema de justiça criminal ainda enfrenta sérias dificuldades para se republicanizar e permitir a aplicação igualitária da lei penal a todos os brasileiros. A quebra das imunidades informais que deixaram fora do alcance do direito penal as elites brasileiras não acontece sem resistência. É preciso reafirmar que nem toda ampliação do poder punitivo estatal configura abuso e nem toda restrição de direitos fundamentais no campo penal revela conteúdo autoritário. Transformar o sistema de justiça criminal em instituição democrática e republicana implica não apenas respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos, mas também criar condições efetivas para que a lei penal seja aplicada de forma célere, isonômica e eficaz¹⁴⁰².

¹⁴⁰⁰ Essa última decisão foi proferida monocraticamente pelo Ministro Luís Roberto Barroso e permanece hígida até o presente momento, apesar de já se ter formado maioria de seis votos pela improcedência da ADI 5874. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/maioria-do-stf-vota-para-conferir-amplo-poder-do-presidente-conceder-indulto-29112018>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

¹⁴⁰¹ Com efeito, a ADC 43 não defende que a única interpretação possível do princípio constitucional da presunção de inocência (previsto no inciso LVII do art. 5º da CF) é a adoção do trânsito em julgado como momento de início do cumprimento da pena – o que faz a ADC 44. Defende-se, isso sim, que o art. 283 do CPP, em vigor desde 2011, veicula uma das interpretações possíveis a que se abre a Constituição. Ou seja: embora a lei possa adotar um outro critério temporal para o início do cumprimento da pena, escolheu, em 2011, o trânsito em julgado, e essa opção não ofende a Constituição, devendo ser respeitada pelo STF.

¹⁴⁰² Os recentes avanços institucionais na direção da republicanização do sistema de justiça criminal não são imunes a críticas e nem têm caminhado uniformemente com respeito aos direitos fundamentais. Daniel Sarmiento afirmou sobre o tema: “Como já ressaltado, a “república” vem sendo invocada com frequência cada vez maior no Brasil, geralmente para criticar práticas que se desviam do seu ideário. Trata-se de bom sinal, de que condutas erradas, contrárias aos valores republicanos, estão deixando de ser toleradas pela sociedade. Há, porém, alguns abusos nessa invocação, que devem ser denunciados e combatidos. [...] Outro desvio é o *republicanismo dos heróis mascarados*. Ele ocorre quando setores da sociedade, cansados diante de graves problemas que parecem invencíveis, como a corrupção, deixam-se seduzir pela ideia de que a república só pode ser construída pela ação voluntarista de alguns “heróis”, e passam a tolerar, quando não a aplaudir, seus excessos e arbitrariedades. No Brasil atual, esses heróis mascarados são sobretudo juízes, integrantes do Ministério Público e delegados envolvidos na persecução e jurisdição penal. A operação Lava-Jato tem dado, certamente, grande contribuição ao país, por revelar as entranhas da corrupção na máquina pública, e levar o Direito Penal ao andar de cima da pirâmide social, desafiando a sua histórica seletividade. Mas ela tem também produzido em grande escala esse republicanismo dos heróis mascarados, muito danoso para o Estado de Direito e para os próprios valores republicanos. A crença na salvação nacional pela ação de vingadores mascarados gera vários problemas. Nessa lógica, a república deixa de ser concebida como uma construção da cidadania, dependente do funcionamento adequado das instituições e do engajamento cívico das pessoas, para se converter em dádiva concedida por heróis, e deles dependente. O povo não é visto como agente de transformação, mas como mero espectador de um filme de faroeste, cabendo-lhe apenas torcer para que os *cowboys* derrotem os bandidos. Pior ainda, cria-se ambiente de tolerância em relação a excessos e violações de direitos cometidas pelos “heróis”. Esses excessos são muitas vezes aplaudidos pela sociedade, e qualquer crítica contra eles, ou tentativa institucional de limitá-los, é logo vista como manifestação de apoio e de cumplicidade diante de práticas corruptas. Contudo, o republicanismo não rima com a tirania ou com o culto à personalidade. A república é a antítese do despotismo. Por isso, o *republicanismo dos heróis mascarados* tampouco é compatível com o princípio da república, nos termos em que está consagrado em nossa ordem constitucional. Há ainda o *jacobinismo republicano*, que aceita sacrificar direitos fundamentais no

O problema enfrentado neste capítulo diz respeito, exclusivamente, aos limites funcionais da jurisdição constitucional no campo penal. Nem sempre o Judiciário pode criar as soluções que entender mais eficientes para o direito penal. Entre o melhor dos mundos e a realidade possível, existem as escolhas feitas pelos representantes do povo. E a jurisdição constitucional não opera no vazio nem pode realizar sopesamentos que ignorem o conteúdo das normas submetidas ao seu controle. A maior criatividade assumida pela jurisdição constitucional em outros setores do direito encontra barreiras no campo penal, no âmbito do qual o princípio da legalidade apresenta contornos absolutamente rigorosos. É que a situação jurídica do réu só pode ser piorada por decisão judicial baseada nos limites semânticos da lei penal. Os mecanismos de integração do ordenamento jurídico, para além desses limites textuais, só podem ser acionados para favorecer o réu.

É certo que a defesa dessa postura de autocontenção no controle das omissões legislativas penais faria com que o STF deixasse de tomar decisões consideradas pela maioria da população brasileira como avanços civilizatórios. O preço da impopularidade é alto, mas parece não haver outra saída: a reafirmação da garantia contra a criação normativa pelo Judiciário em prejuízo do réu constitui fundamento do Estado de direito que não pode ser excepcionado em nenhuma circunstância e sob qualquer tipo de argumento, por maior que seja o seu valor moral, a sua correção filosófica, social e política. Para melhor ilustrar a ideia, tome-se o exemplo do direito tributário. Não se cogita que o Supremo Tribunal Federal possa criar tributo novo, ainda que para alcançar o nobre e necessário objetivo de tornar menos regressivo e mais igualitário o sistema tributário. Se no direito tributário (que tutela o patrimônio) é impensável a atuação do STF como legislador positivo, por que admitir esse tipo de atuação na

“altar da república”. A defesa dos valores republicanos – especialmente, o combate à corrupção – é vista como fim maior, que legitima graves restrições aos direitos humanos. O objetivo é promover a “salvação pública” e a nobreza do fim justifica qualquer meio empregado. O jacobinismo republicano tem pontos de contato com o republicanismo dos heróis mascarados, mas dele se diferencia por não envolver necessariamente a veneração personalista dos supostos salvadores da pátria. O jacobinismo republicano é também perigosíssimo. Ao longo da história, ideias e movimentos similares já eliminaram milhões de vidas. Direitos fundamentais são “trunfos”, que não devem ser sacrificados, mesmo que para a promoção de objetivos muito relevantes, tais como a luta contra a corrupção. O republicanismo que vale à pena não é avesso ou indiferente aos direitos fundamentais. Pelo contrário, ele toma a proteção e promoção desses direitos, em bases equânimes e igualitárias, como uma das suas maiores missões. Ele não concebe a existência de um “bem superior” cuja preservação justifique o generalizado atropelo a direitos fundamentais. Muito menos aceita a instituição, em seu nome, de um estado de exceção, em que tudo se torne aceitável, desde que voltado ao objetivo maior de “purificar” a sociedade dos seus vícios” (SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma república inclusiva. *Revista da Emerj*, v. 20, n. 3, p. 296-318, set./dez. 2018).

seseira penal (que tutela os mais importantes direitos fundamentais, como os direitos de locomoção e a integridade física e moral)?

É certo que, nos últimos anos, o Brasil tem experimentado uma virtuosa intensificação do controle penal da corrupção. Os sucessivos escândalos de corrupção descobertos pela polícia e pelo Ministério Público e confirmados pelo Judiciário após o devido processo legal são prova da magnitude do problema. Nenhum observador isento da cena nacional pode negar que um dos grandes desafios ao desenvolvimento nacional e à realização de direitos fundamentais é a corrupção generalizada que se instalou em quase toda parte do Estado brasileiro. Para usar a expressão do Ministro Luís Roberto Barroso, esta não é meramente uma nota de pé de página na história nacional¹⁴⁰³. Pelo contrário. Apesar dos primeiros sinais de que a imunização absoluta de uma elite política e econômica ao sistema de justiça criminal foi fortemente abalada, a Transparência Internacional ressaltou que os fatores estruturais da corrupção brasileira “seguem inabalados” e que o país não foi capaz de atacar de forma eficaz o problema¹⁴⁰⁴. É que o direito penal não dá – nem dará – conta, isoladamente, da extensão e profundidade dos problemas brasileiros nesse campo. É preciso reforçar os mecanismos preventivos, aperfeiçoar os controles internos e aprofundar os instrumentos de transparência da Administração Pública.

A forte demanda social por soluções capazes de refrear a corrupção no Brasil recaiu quase que exclusivamente sobre o Poder Judiciário. Embora a expectativa por uma revolução republicana da vida pública e privada brasileira pela via judiciarista pareça pouco plausível, não há dúvida de que o Judiciário tem um papel relevante a cumprir em relação ao crônico problema da corrupção. Esse papel punitivo exercido (sempre retrospectivamente) pelo Poder Judiciário, apesar de relevante para reafirmar a crença de que o trato da coisa pública deve ser balizado pela moralidade e pela transparência, não possui aptidão para promover, sozinho, as mudanças estruturais que fazem da corrupção um modo natural de estabelecer a relação entre o público e o privado. Nem por isso o Judiciário pode ser leniente ou moroso. Para que o direito penal possa desempenhar alguma função preventiva é necessário garantir que, via de regra, a prática delitiva, especialmente quanto apresentada ao Judiciário, receba uma resposta punitiva, moderada, firme e segura.

¹⁴⁰³ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/quem-ganha-leve-quem-leve-respeita-as-regras-e-os-direitos-dos-outros-diz-barroso.shtml>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁴⁰⁴ No índice de percepção da corrupção de 2017, o Brasil caiu da 79ª para a 96ª posição no ranking mundial. Estudo disponível em: <<https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

Esse *disclaimer* inicial tem por objetivo deixar claro que neste trabalho não se diverge do diagnóstico geral de que a corrupção constitui um dos problemas estruturais mais importantes do Brasil e de que a maior parte dos avanços percebidos no funcionamento do sistema de justiça criminal nesse campo nos últimos anos contribuiu para desconstruir privilégios e coibir desvios praticados por agentes estatais¹⁴⁰⁵. Contudo, um trabalho acadêmico que se disponha a analisar o controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil não pode ignorar a suspeita de que o STF esteja, sob o argumento de conferir proteção suficiente a bens jurídicos constitucionais, legislando positivamente no campo penal em desfavor dos indivíduos. É apenas sob essa ótica normativa que o problema será enfrentado. E essa discussão sobre os limites da jurisdição constitucional no campo penal não impacta apenas temas relacionados à corrupção, atingindo, ainda, outras searas, como a possível criminalização da homofobia, cuja discussão se iniciará em breve no STF¹⁴⁰⁶.

Para permitir o desenvolvimento do tema, faz-se necessário delimitar, previamente, as condições e limites da atuação do Judiciário como legislador positivo, o que se procurou fazer, resumidamente, a seguir.

7.1 O Judiciário como legislador positivo: uma proposta de definição das sentenças aditivas e de delimitação da competência normativa do STF

As sentenças aditivas traduzem mecanismo de *integração* do direito, por meio do qual se cria *norma jurídica* sem a correspondência em uma *disposição normativa* específica. A distinção entre *disposição* e *norma* serve para traçar uma linha de demarcação entre *interpretação* de disposições normativas e *integração* do direito. Por meio da *interpretação* se

¹⁴⁰⁵ Saliente-se, ainda, que o autor do presente estudo já manifestou entendimento contrário à interpretação segundo a qual a Constituição impede a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, defendendo a execução da sentença condenatória após o pronunciamento do STJ. SOUSA FILHO, Ademar; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Uma proposta intermediária para o início da execução da pena no Brasil*: Nem tanto à terra, nem tanto ao mar. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-proposta-intermediaria-para-o-inicio-da-execucao-da-pena-no-brasil-06092016>>. Acesso em: 02 jan. 2019. Ademais, o autor do presente trabalho entende que o mecanismo do indulto não tem sido empregado de forma eficaz para superar o problema da superpopulação carcerária, o que demandaria criar condições mais favoráveis para a antecipação da liberdade para os condenados pelos crimes de tráfico de drogas e também por crimes patrimoniais não violentos.

¹⁴⁰⁶ A questão está em discussão no MI 4733 e na ADIO 26. V., sobre o tema, CARDINALLI, Daniel Carvalho. *Os direitos LGBT, o governo Bolsonaro e o STF*: Embora seja inegável que STF tenha potencial de ser resistência, seu estoque de ‘rebeldia’ não é ilimitado. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-direitos-lgbt-o-governo-bolsonaro-e-o-stf-21112018>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

extrai da *disposição normativa* uma *norma jurídica*. Já por meio da *integração* do direito se chega a uma norma jurídica sem que haja uma disposição normativa que a exprima. Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que “*o processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de integração. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador*”¹⁴⁰⁷.

A interpretação jurídica pressupõe a existência de uma norma jurídica cujo programa normativo alcance a situação controvertida. E se é verdade que, na interpretação jurídica em geral, jamais será possível obter racionalidade e objetividade plenas, como bem adverte Luís Roberto Barroso, “*é a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar*”¹⁴⁰⁸. Além do limite possível da interpretação jurídica – delimitada pelo texto da norma –, haverá mesmo uma lacuna jurídica ou um vazio normativo, cuja colmatação poderá ser realizada por meio da integração do direito. As sentenças de perfil aditivo produzem norma jurídica na medida em que identificam (ou criam) norma não referível a uma disposição normativa específica, constituindo, desse modo, espécie de *integração* do ordenamento jurídico. Isso porque a atividade desenvolvida pela Corte constitucional, nessa hipótese, encerra a elaboração de norma jurídica para a superação de uma situação de vazio normativo inconstitucional. Não se trata, pois, de mera interpretação de norma jurídica existente em conformidade com a Constituição (*interpretação conforme a Constituição*). Realiza-se, a partir do reconhecimento de que existe um vazio normativo, verdadeira *integração* do ordenamento mediante a *adição* de novo segmento normativo.

Pode-se afirmar, assim, que as sentenças aditivas realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio da criação de um novo segmento normativo com o objetivo de superar um estado de omissão inconstitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais). Nas decisões denominadas aditivas, o Supremo Tribunal Federal cria normatividade. É o Judiciário que edita a norma. Nesses casos,

¹⁴⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 6, n. 22/23, p. 117-163, jan./jun. 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf> Acesso em: 13 de agosto de 2014.

¹⁴⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

importa investigar, em cada caso, se o ato de criação do direito por meio de sentença aditiva invade ou não a esfera de atuação legítima do Poder Legislativo.

A recente experiência jurisprudencial do STF tem confirmado a previsão feita há uma década pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de que *“é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias”* e também de que *“a assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional”*¹⁴⁰⁹. É verdade que o STF tem avançado a passos largos no sentido enfrentar omissões legislativas inconstitucionais por meio de sentenças aditivas. Torna-se relevante, nesse contexto, definir claramente os contornos dessa técnica decisória e propor parâmetros de validade para a sua implementação.

Para debater os limites do exercício da função de legislador positivo pelo STF, deve-se ressaltar, em primeiro lugar, uma importante particularidade do direito brasileiro, que é a previsão, no texto constitucional de 1988, do instituto do mandado de injunção: *“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”* (art. 5º, LXXI). O instituto permite expressamente a edição de sentenças aditivas. A inovação no modelo de superação da omissão legislativa inconstitucional resultante da introdução, entre nós, do mandado de injunção tem grande relevância na construção de uma concepção brasileira de legitimidade das sentenças aditivas. A autorização constitucional para a edição de sentenças aditivas pelo Judiciário brasileiro vem acompanhada do estabelecimento das possibilidades e limites para esse exercício. Em síntese, a norma constitucional disciplinadora do instituto exige, para a concessão do pedido formulado no mandado de injunção, a presença cumulativa das seguintes condições: (i) existência de um direito constitucionalmente reconhecido como fundamental; (ii) não autoaplicabilidade da norma constitucional que consagra o direito; (iii) ausência de norma regulamentadora; (iv) mora legislativa a exceder período razoável de tempo; e (v) inviabilidade do exercício do direito.

¹⁴⁰⁹ STF, ADI 1351, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 07.12.2006.

Defende-se neste trabalho uma proposta de delimitação da competência normativa do Supremo Tribunal Federal a partir do referencial normativo do mandado de injunção. A ideia central baseia-se na premissa segundo a qual o art. 5º, LXIX, da Constituição apresenta natureza bifronte: (i) *de um lado*, cria um mecanismo processual adequado à superação do estado de omissão inconstitucional; (ii) *de outro*, estabelece um campo delimitado de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal. Considerada a dupla função exercida pela norma constitucional que prevê o mandado de injunção, convém sublinhar a segunda função da norma constitucional que institui o mandado de injunção, atribuindo-lhe a função de parametrizar substancialmente a competência normativa do STF. A competência normativa do STF é uma só e encontra legitimidade na norma constitucional que autoriza a produção de normas jurídicas pelo Tribunal para viabilizar o *exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. A proposta ora defendida baseia-se na ideia de que, embora o ideal seja confiar à deliberação pública a justificação das decisões políticas, o potencial legitimador da deliberação só se manifesta em contextos em que seus pré-requisitos são respeitados.

Por isso, a *função normativa* desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal deve circunscrever-se à *superação de estado de omissão inconstitucional* que obstaculize o exercício de *direitos materialmente fundamentais*¹⁴¹⁰. Essa assertiva resulta da sinergia entre as seguintes premissas teóricas: (i) a regra constitucional que disciplina o mandado de injunção expressa uma norma de competência normativa deferida pela Constituição ao STF; (ii) a Constituição define o âmbito material de incidência da competência normativa do STF ao estabelecer que “*conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”; (iii) a norma constitucional que define a competência normativa do STF deve ser interpretada, como exigência do respeito ao princípio democrático, como autorização para a criação judicial de normas com o objetivo de superação do estado de omissão inconstitucional que inviabilize o exercício de direitos materialmente fundamentais.

¹⁴¹⁰ Defendi essa ideia com maior profundidade em livro que trata especificamente do tema: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Em princípio, a diferença entre as sentenças interpretativas e as sentenças aditivas parece ser suficientemente clara. A técnica decisória da *interpretação conforme* permite que o STF exclua interpretações da lei incompatíveis com a Constituição, chegando até mesmo a fixar a única interpretação constitucionalmente admissível da lei. Já as *sentenças aditivas* realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio de criação de um novo segmento normativo (não referível a um dispositivo legal pré-existente) com o objetivo de superar um estado de omissão inconstitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais). Na prática, contudo, não é incomum que essas técnicas sejam utilizadas de forma equivocada. A interpretação conforme à Constituição – técnica decisória concebida inicialmente como esforço hermenêutico de atribuir interpretação compatível com a Constituição a partir das possibilidades semânticas permitidas pelo texto da norma – funcionou, nos últimos anos, como “*porta de entrada*” para as sentenças aditivas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O uso da interpretação conforme para superar vácuos normativos indesejáveis ou regulamentações insuficientes é prova de que essa técnica decisória tem servido não apenas para a exclusão de normas jurídicas do ordenamento, mas também – e em clara atuação positiva – para criação de disciplina jurídica.

A confusão entre *interpretação conforme a Constituição* e *sentença aditiva* não é mera questão terminológica: cria estímulos para uma atuação não sincera da jurisdição constitucional como legislador positivo e, com isso, dificulta a compreensão acerca dos limites do exercício dessa competência. Uma coisa é eleger a interpretação da lei que a torne compatível com a Constituição, a partir dos limites semânticos oferecidos pela própria lei. Coisa diversa é superar a omissão legislativa inconstitucional por meio da criação de novas normas jurídicas, que não cabem nos limites semânticos da disposição legal interpretada. Definir o espaço de atuação de cada uma dessas técnicas decisórias é importante para criar parâmetros precisos de legitimação da jurisdição constitucional: o STF deve definir claramente as hipóteses em que cria direito novo por meio de sentença aditiva, para que se possa averiguar de modo transparente se essa atuação como legislador positivo se justifica ou não à luz da Constituição, notadamente do princípio democrático.

Essa fungibilidade arbitrária entre as sentenças interpretativas e as sentenças aditivas acarreta um duplo efeito: (i) a redução quantitativa e qualitativa da técnica consistente na *sentença aditiva*, forçada pela limitação imposta pelo vetor hermenêutico da *interpretação conforme*; (ii) a indevida ampliação da utilização da técnica de *interpretação conforme a*

Constituição, considerada a barreira imposta pelas limitadas interpretações possíveis do texto literal da norma adjudicada¹⁴¹¹. Pode-se afirmar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora de modo geral atenta aos limites tradicionalmente impostos à técnica da *interpretação conforme a Constituição*, em diversas ocasiões, pronunciou verdadeiras *sentenças aditivas* sob o manto da *interpretação conforme*. Isso não significa, desde já, que essas sentenças sejam, por essa razão, ilegítimas. A legitimidade da sentença aditiva exige a satisfação de requisitos diferentes daqueles requeridos para o manejo adequado da técnica da interpretação conforme. A insinceridade da Corte Constitucional, nesse campo, revelada por meio da edição de sentenças aditivas “*camufladas*” de sentenças meramente interpretativas (interpretação conforme a Constituição¹⁴¹²) dificulta a compreensão do exercício da função normativa por parte do STF e impede o desenvolvimento de critérios claros para o controle da legitimidade dessa peculiar função exercida pelo órgão encarregado do controle de constitucionalidade das leis. A demonstração da presença dos requisitos que autorizam a edição das sentenças aditivas – (i) existência de omissão inconstitucional (ii) da qual resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais – constitui ônus argumentativo do qual o STF deve se desincumbir ao criar direito novo substituindo-se ao legislador.

O uso errático da *interpretação conforme* para obtenção de típicas sentenças aditivas produz um deslocamento do real problema a ser enfrentado. Como não se admite a utilização da técnica de *interpretação conforme* para atingir resultado interpretativo não contido nos limites textuais da disposição normativa confrontada com a Constituição, aqueles que desejam

¹⁴¹¹ A confusão entre interpretação de normas e adição de normas foi objeto de severa crítica por Silvestri: “La particolarità sta però nel fatto che questa operazione non viene condotta attraverso la caducazione di una disposizione o parte di disposizione, bensì mediante la specificazione di una nuova e diversa disciplina della fattispecie. In buona sostanza, lo scopo della Corte è quello de introdurre una norma nuova nell’ordinamento, non di eliminare una norma esistente ma illegittima. Solo che questa attività sostanzialmente legislativa viene sussunta nella categoria dell’interpretazione, costringendo gli studiosi a ricorrere ala ormai famosa distinzione tra norma e disposizione (...)” (SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Padova: Cedam, 1985. p. 755-794, v. 1., p. 759).

¹⁴¹² Carlos Alexandre de Azevedo Campos, depois de citar como exemplo a conhecida decisão do STF que, por via da interpretação conforme, transformou em incondicionada a ação penal ajuizada contra o agressor da mulher em ambiente doméstico – nos casos de lesão corporal leve e culposa –, conclui que “[e]ste e outros casos de interpretação conforme a constituição, assim como os de interpretação constitucional direta, revelam aspecto subjetivo muito interessante da dimensão metodológica do ativismo judicial no Supremo: a maioria dos ministros nega estar criando judicialmente o direito, se diz incomodada com as sentenças aditivas e exalta a figura Kelseniana do legislador negativo, mas, com frequência enorme, profere votos escancaradamente manipulativos dos sentidos normativos das leis ou inovadores até mesmo da ordem constitucional. Muitos ministros do Supremo são ativistas, proferem decisões ativistas em sentido metodológico, mas negam essa condição assim como a prática. A interpretação conforme a constituição, inclusive, tem sido a principal ferramenta dessa insinceridade institucional” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 295).

se furtar ao exame da controvérsia constitucional simplesmente defendem que desse mecanismo decisório não permite transformar o Poder Judiciário em legislador positivo. Esse trunfo argumentativo tem sido largamente utilizado pela jurisprudência do STF. Ocorre que o problema não está em saber se a *interpretação conforme* permite ou não a produção de novas normas jurídicas. Evidente que não permite. O problema real consiste em definir, em cada caso, se o pedido apresentado para que o STF atue como legislador positivo deve ou não ser admitido à luz da ordem jurídica constitucional. Assim, pouco importa se o autor apresentou o pedido de produção de norma jurídica pelo STF sob a roupagem da *interpretação conforme* ou se assumiu explicitamente que o pedido possui natureza aditiva. O importante é verificar se o STF pode ou não assumir a função de legislador positivo¹⁴¹³.

Neste trabalho, defende-se que o STF não pode proferir sentenças aditivas que resultem na ampliação do poder punitivo estatal. Embora seja possível identificar omissões legislativas inconstitucionais no campo penal – a partir da violação ao princípio da proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente –, o Judiciário não está autorizado a suprir tais omissões por meio de sentenças aditivas¹⁴¹⁴. No âmbito do controle de constitucionalidade de leis penais, o STF deve preferir o uso de técnicas decisórias tradicionais – de simples rejeição ou acolhimento da pretensão de declaração de inconstitucionalidade –, fazendo uso de sentenças interpretativas de forma excepcional e desde que delas não resulte a ampliação do poder punitivo estatal. Para melhor compreensão do tema, serão abordadas a seguir, em itens separados, as questões

¹⁴¹³ Exemplo desse uso intercambiável entre essas técnicas decisórias pode ser encontrada na ADI cumulada com ADPF ajuizadas pela Associação Nacional dos Defensores Públicos que contesta atos normativos e administrativos (comissivos e omissivos) do poder público relacionados à política pública de prevenção e combate à epidemia do zika vírus. A pretexto de defender a necessidade de *interpretação conforme a Constituição* de dispositivos da Lei 13.301/16 e do Código Penal, a ANADEP pretende que o STF produza verdadeira *sentença aditiva*, criando direito novo para superar as apontadas omissões inconstitucionais do legislador. O julgamento das ações constitucionais que discutem a epidemia do zika (ADI/ADPF 5581) revela de modo bastante claro a pretensão de utilização da técnica de *interpretação conforme a Constituição* para obter típica *sentença aditiva*. Isso não significa que os pedidos formulados nas ações não devam ser acolhidos. Pelo contrário: todos os pedidos cautelares e principais merecem integral acolhimento. Apenas se deve atentar para o fato de que as ações demandam do STF típica atuação normativa de criação do direito, que se desenvolve segundo parâmetros diferentes daqueles que balizam a técnica de *interpretação conforme*. Com efeito, a demonstração da presença dos requisitos que autorizam a edição das sentenças aditivas – (i) existência de omissão inconstitucional; (ii) da qual resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais – constitui ônus argumentativo do qual o STF deve se desincumbir ao criar direito novo no lugar do legislador. Esses requisitos encontram-se claramente demonstrados na ADI 5581. V., sobre o tema, SOUSA FILHO, Ademar. *Sentenças aditivas e as ações constitucionais que discutem a epidemia do zika vírus*: o STF pode atuar como legislador positivo? Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-stf-pode-atuar-como-legislador-positivo-30112016>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

¹⁴¹⁴ Na Itália, por exemplo, a doutrina é pacífica no sentido de que a Corte Constitucional está impedida de piorar em qualquer sentido a situação jurídica do réu com a pronúncia de sentenças aditivas. V., por todos, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 83.

concernentes (i) à omissão inconstitucional pela violação aos deveres de proteção e (ii) à proibição de expedição de sentenças aditivas de ampliação do direito penal.

7.2 Deveres de proteção e omissão inconstitucional no campo penal

A atuação extraordinária da jurisdição constitucional como criador de normas jurídicas exige a demonstração de que o legislador não se desincumbiu de um dever inafastável de produção legislativa em determinado setor. É o descumprimento, por parte do Parlamento, de uma obrigação de legislar que autoriza a assunção pela Corte constitucional, ainda que transitória e subsidiariamente, da função normativa. Por isso é que a identificação dos casos de descumprimento do dever de legislar remete, obrigatoriamente, ao estudo do tema das omissões inconstitucionais. Como se viu, a afirmação da existência de uma omissão inconstitucional é a primeira condição para o exercício legítimo de função normativa pelo STF.

Em um primeiro momento, o STF procurou identificar a ocorrência de omissão inconstitucional apenas nas hipóteses de descumprimento de um dever explícito e específico de legislar imposto pela Constituição. A existência de omissão – e o possível correlato direito à emanção de legislação – *“apenas se evidenciar[ia] naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público”*¹⁴¹⁵. A jurisprudência brasileira, no ponto, aproximava-se da corrente doutrinária que entendia que omissão inconstitucional resultaria do descumprimento de um dever específico (ou concreto) de um dever constitucional de legislar¹⁴¹⁶. De acordo com essa visão, as situações de omissão inconstitucional estariam limitadas às hipóteses nas quais seja possível identificar a violação patente de uma *regra constitucional* de imposição ao legislador de uma obrigação indiscutível de produção normativa em determinado setor. Atualmente, entretanto, é dominante a posição defendida, entre outros, por Fernández Segado, segundo a qual a omissão inconstitucional pode

¹⁴¹⁵ STF, MI 542, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29.08.2001.

¹⁴¹⁶ Jorge Miranda, a propósito, sustenta que a omissão inconstitucional deriva da violação de uma “certa e determinada norma”, sendo, ademais, exigida a demonstração de não observância de uma “específica e concreta incumbência ou encargo constitucional” (MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, v. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 320 e 520). Para o autor, os requisitos da omissão legislativa inconstitucional podem ser assim resumidos: (i) o não cumprimento da Constituição deve derivar de uma violação de certa e determinada norma; (ii) a norma constitucional utilizada como parâmetro não pode ser exequível por si mesma; (iii) deve ser identificada uma falta de medidas legislativas necessárias para tornar exequível a norma constitucional. (MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, v. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 518).

derivar tanto de mandados concretos de legislação contidos na Constituição como também dos princípios constitucionais¹⁴¹⁷. Essa visão amplia significativamente o parâmetro de controle de constitucionalidade das omissões legislativas¹⁴¹⁸.

A inclusão dos princípios (expressos e implícitos) constitucionais como parâmetros de controle das omissões legislativas incita à utilização do princípio da proporcionalidade como categoria metodológica relevante na identificação das situações de omissão inconstitucional¹⁴¹⁹. Mais recentemente, a omissão do Poder Público – aqui também situada a omissão legislativa – tem sido objeto de verificação sob o prisma do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição de proteção deficiente¹⁴²⁰. Esse desenvolvimento teórico já chegou à jurisprudência

¹⁴¹⁷ “En resumen, la doctrina que con más detenimiento se ha ocupado del tema admite generalizadamente que determinadas normas constitucionales impelen al legislador a actuar en desarrollo y concreción de la Constitución, pudiendo generar la pasividad del legislador una omisión inconstitucional. Pero, más allá de ello, el deber constitucional de legislar, como ha interpretado en Alemania el BVerfG, puede derivar no sólo de mandatos concretos contenidos en la Grundgesetz, sino también de principios identificados en el proceso de interpretación de la Norma suprema, lo que aún abre en mayor medida el campo de posibilidades del instituto analizado” (FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios constitucionales*, Santiago, v.7 n. 2, p. 13-69, 2009, p. 53).

¹⁴¹⁸ A recusa à inclusão dos princípios constitucionais no âmbito do parâmetro normativo de controle de constitucionalidade das omissões implicaria reduzir a própria normatividade dos princípios constitucionais. De outro lado, não se pode perder de vista que o próprio Supremo Tribunal Federal tem admitido a fungibilidade das ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão (ADI 875, 1987, 2727, 3243, Rel. Min. Gilmar Mendes), donde se pode concluir que também o parâmetro de controle, em qualquer dos casos, deve ser a constituição como unidade (integrada por regras e princípios).

¹⁴¹⁹ Sobre a importância do princípio da proporcionalidade na interpretação constitucional contemporânea, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008, especialmente o capítulo “Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional”.

¹⁴²⁰ Nesse sentido, merece registro o julgamento do Recurso Extraordinário n. 418376 pelo Supremo Tribunal Federal, primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal fez utilização da dupla face do princípio da proporcionalidade, através da invocação da “proibição deficiente” dos direitos fundamentais (*Untermassverbot*). No seu voto, o Min. Gilmar Mendes asseverou que, a se aceitar a extinção da punibilidade em face do favor legis previsto na norma penal (no caso de posterior união estável entre autor e vítima em crimes sexuais), “estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de *proteção deficiente* por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. [...] No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet: ‘A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), 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 e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.’ (SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.) Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de

do STF e tem sido utilizado com maior ênfase precisamente no controle de constitucionalidade de omissões legislativas no campo penal. Abandona-se, assim, a visão formalista que vinculava a omissão legislativa inconstitucional ao descumprimento de uma regra explícita de determinação de produção normativa em favor de uma ótica substancialista que privilegia a garantia de proteção mínima aos bens jurídicos fundamentais da ordem jurídica¹⁴²¹.

Atualmente, não há dúvida de que as violações estatais aos direitos fundamentais não se limitam às intervenções excessivas ou indevidas sobre a esfera individual, mas também quando se deixa de adotar posturas ativas de proteção e promoção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, reconhece-se que os direitos fundamentais possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que salvaguardam bens jurídicos e valores relevantes, que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças. Como afirmou Daniel Sarmento, tais deveres de proteção incidem mesmo no delicado domínio do Direito Penal:

Como asseverou Peter Häberle, “onde a liberdade do indivíduo não fosse assegurada penalmente contra as ameaças dos abusos da liberdade de outros, não se poderia mais falar de uma liberdade ‘para a vida social em conjunto’. O mais forte impor-se-ia. (...) Sem a existência do direito penal material e formal, a comunidade cultural pensada na Constituição regrediria a um estágio pré-civilizatório. Sem normas penais (...) estaria ameaçada a própria existência da comunidade que a seu turno, é constitutiva para os direitos fundamentais”. Na ordem constitucional brasileira, essa incidência é corroborada pela presença, no capítulo da Constituição que trata dos direitos fundamentais, de mandados expressos de criminalização (art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, CF). E a ideia da proteção de direitos humanos pelo uso do Direito Penal – sempre de modo proporcional, como *ultima ratio* – permeia, por exemplo, toda a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, que já condenaram diversos Estados (inclusive o Brasil, no caso da CIDH) por não protegerem eficazmente, por meio do Direito Penal, os direitos fundamentais dos seus cidadãos.

A ofensa aos deveres de proteção dos direitos fundamentais se dá quando a atuação do Estado se revela insuficiente para a sua garantia. Fala-se, em tais casos, em ofensa à *proporcionalidade como vedação à proteção estatal insuficiente*. Tal faceta do princípio da proporcionalidade é amplamente reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a emprega inclusive em matéria penal.

De acordo com Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, “[n]o atual estágio da discussão, os chamados deveres de proteção são tratados, em linhas gerais, como imposições

situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos. (...)” (STF, RE 418376, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 09.02.2006).

¹⁴²¹ V., sobre o tema, CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, 2010, p. 115-117.

*constitucionais (explícitas ou implícitas) que estabelecem um dever estatal de proteção ativa de determinados bens ou valores considerados fundamentais [identificados, principalmente, como aqueles garantidos por meio de direitos fundamentais] em uma determinada ordem jurídica”*¹⁴²². No campo penal, os deveres de proteção fornecem referencial teórico para a afirmação de que, em certas situações, a restrição da liberdade de alguns por meio da lei penal com o objetivo de conferir proteção à liberdade de outros deixa de ser apenas possível ou desejável e passa a ser encarada como uma típica obrigação ou imposição constitucional¹⁴²³. Se a concretização dos deveres de proteção já depende, em princípio, da mediação legislativa por razões de ordem material – ligadas “ao acentuado grau de liberdade na competência decisória de que o legislador gozaria” –, no campo penal essa exigência de mediação legislativa decorre principalmente de razões de ordem formal, já que “a concreção dos deveres de proteção, por conta da estrutura relacional triangular (Estado – agressor – vítima), importa a invasão da esfera de liberdade de outros indivíduos (restrição a direitos fundamentais), o que demanda o exercício de uma competência decisória que decorre do princípio da legalidade, de estatura constitucional”¹⁴²⁴.

A primeira utilização explícita mais relevante da ideia de deveres de proteção pela jurisprudência do STF se deu, em longo voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, com o objetivo de fornecer fundamento constitucional para a opção legislativa de criminalizar a posse irregular de arma de uso permitido, acessório ou munição (Estatuto do Desarmamento)¹⁴²⁵. Esse uso da tese dos deveres de proteção pouco acrescenta à jurisprudência tradicional de que o legislador goza de ampla liberdade para escolher as condutas que merecem repressão criminal. A maior utilidade dessa teoria dos deveres de proteção, como acentua Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, é fornecer um argumento dogmático consistente para permitir o controle das

¹⁴²² OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais*: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 14.

¹⁴²³ Hassemer também assinala que a fórmula dos deveres de proteção pode obrigar o legislador a agir positivamente para proteger penalmente certos bens jurídicos. V. HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98-103. No mesmo sentido: LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 259-260.

¹⁴²⁴ OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais*: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 30.

¹⁴²⁵ STF, ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 02.05.2007.

omissões do legislador¹⁴²⁶.

É cada vez mais consensual a ideia de que as leis penais têm a sua constitucionalidade controlada não apenas sob a ótica da proibição do excesso como também da proibição da insuficiência, que atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção¹⁴²⁷. Na síntese proposta por Ingo Sarlet, mesmo na esfera penal, portanto, o Estado “*poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais*”¹⁴²⁸.

O controle das omissões do legislador no campo penal sugere a possibilidade de exigir que o Estado restrinja direitos fundamentais para proteger outros direitos fundamentais de igual ou maior importância. Eventualmente, esse dever de proteção se traduz em verdadeira obrigação de criminalizar certas condutas. Concorde-se, no ponto, com a posição defendida por Ingo Sarlet de que não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de controle da omissão legislativa no direito penal, pois, mesmo considerando o caráter fragmentário e subsidiário desse ramo do direito, é possível cogitar de situações em que a ausência de controle penal pode deixar bens jurídicos insuficientemente protegidos¹⁴²⁹. Entretanto, o reconhecimento de que o dever de proteção impõe obrigatoriamente a necessidade de criminalizar a conduta proibida deve ser sempre excepcional, já que dificilmente se pode afirmar, com segurança, que a única

¹⁴²⁶ OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 30.

¹⁴²⁷ De acordo com Gilmar Mendes, a dogmática alemã extrai da ideia dos deveres de proteção três deveres básicos com *status* constitucional: um dever de proibição (*Verbotspflicht*), isto é, dever de se proibir conduta lesivas aos direitos fundamentais; um dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), correspondente à proteção do indivíduo contra interferências de terceiros; e, por fim, um dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), voltado em especial para o desenvolvimento técnico ou tecnológico, por meio de medidas de prevenção. V. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: significados, limites, princípio da proporcionalidade, colisão e concorrência. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12.

¹⁴²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 10, 2006, p. 334.

¹⁴²⁹ Essas ideias foram desenvolvidas com profundidade em dois trabalhos: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 10, p. 303-354, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: PUCRS, 2008.

forma de oferecer proteção mínima ao bem jurídico é o acionamento do direito penal.

Uma das principais diferenças entre os direitos fundamentais clássicos de defesa e os deveres de proteção reside na prestação necessária para garanti-los. Para Alexy, os direitos de defesa apresentam estrutura *conjuntiva*, o que significa que a defesa desses direitos exige uma abstenção estatal ou a interrupção de uma conduta estatal ou privada violadora de direitos. Já os deveres de proteção possuem estrutura *disjuntiva*, ou seja, a superação da omissão estatal pode ser atingida por diversas alternativas possíveis¹⁴³⁰. Nem sempre todas essas alternativas se mostram eficazes para oferecer um grau mínimo de proteção ao direito fundamental, pois há casos excepcionais em que a margem de discricionariedade do legislador é bastante restrita, chegando até mesmo ao ponto de se admitir que, no limite, haveria apenas uma medida eficaz para atingir o nível de proteção perseguido. Nesses casos, o caráter *disjuntivo* dos deveres de proteção pode ser integralmente afastado, fazendo com que a feição objetiva do direito fundamental – de proteção de bens jurídicos e valores relevantes – se aproxime de um direito subjetivo à proteção¹⁴³¹.

Em geral, entre os extremos da proibição do excesso e da insuficiência existe um amplo espaço de conformação legislativa¹⁴³². Até mesmo porque, via de regra, não há apenas uma solução possível para realizar o grau de proteção mínimo exigido pelos deveres de proteção. O caráter *disjuntivo* dos deveres de proteção faz com que o controle judicial das omissões legislativas (proibição da insuficiência) seja muito menos intenso do que o controle das ações legislativas (proibição do excesso)¹⁴³³. Não se nega, portanto, que os deveres de proteção podem

¹⁴³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁴³¹ V., sobre a posição de Alexy defendida em textos na língua alemã, OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 106 e ss.

¹⁴³² FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95.

¹⁴³³ A propósito, Ingo Sarlet afirmou: “Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que aos órgãos legiferantes encontra-se reservado um espaço de conformação mais amplo e, portanto, uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação do que a atribuída ao administrador e os órgãos jurisdicionais, bem como diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo em proteção constitucionalmente exigido” (SARLET, Ingo Wolfgang, *Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 10, 2006, p. 336).

ser em alguma medida judicializados, mas esse controle judicial deve ser deferente em relação aos espaços discricionários dos poderes eleitos para escolher entre as diversas alternativas de proteção disponíveis¹⁴³⁴. Para Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, isso significa que, em regra, o controle judicial da realização mínima dos deveres de proteção “*se restringiria à determinação de que há uma obrigação estatal, seja porque nenhuma medida protetiva foi tomada pelas autoridades responsáveis, seja por conta da insuficiência dos meios escolhidos*”¹⁴³⁵. Tudo isso indica, na linha da proposta de Canaris¹⁴³⁶, a necessidade de adoção de um modelo de controle jurisdicional brando e bastante cauteloso da insuficiência de proteção de bens jurídicos¹⁴³⁷:

Outro argumento colacionado por Canaris em prol de uma diferenciação não meramente cosmética entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, reside na circunstância de que diversa a intensidade de vinculação do poder público aos respectivos parâmetros, até mesmo por força da diversa vinculação à função defensiva e prestacional dos direitos fundamentais, considerando que é esta última que diz com os deveres de proteção, de tal sorte que no âmbito da proibição de insuficiência é assegurada uma margem significativamente maior aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a quem incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas. Neste sentido, segue decidindo também o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao afirmar que o legislador (e mesmo o poder regulamentar) dispõe de uma expressiva margem de manobra no que diz com a implementação do dever de proteção, o que inclui a possibilidade de levar em conta

¹⁴³⁴ V., a propósito, a lição de Hesse, para quem os deveres de proteção impõem, em regra, uma postura ativa do Estado, e não uma específica medida protetiva: HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. p. 279.

¹⁴³⁵ OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 129.

¹⁴³⁶ A propósito desse ponto da obra de Canaris, Gabriel Gehlen afirmou: “Canaris, por sua vez, é partidário da tese oposta, segundo a qual há sim fundamental diferença entre a proteção contra insuficiência e a contra excessos, justamente porque, como já adiantado, a constituição não determina como o legislador dever proteger os direitos fundamentais, gozando nessa tarefa, portanto, de ampla margem de definição, concluindo que não se trata, pura e simplesmente, de igual aplicação da proporcionalidade em ambas as hipóteses (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*. Berlin- New York. Walter de Gruyter, 1999, pp. 43-45)” (GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. *A eficácia contra particulares dos direitos (drittwirkung) sob enfoque de seus deveres de proteção (schutzpflichten)*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito – Ciências Sociais Aplicadas) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 69-70).

¹⁴³⁷ Nesse sentido, Gabriel Gehlen afirmou: “Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (Alemanha), o controle judicial da implementação dos deveres de proteção tem espectro restrito, em virtude justamente do “*Spielraum*” (“*área de manobra*”, o que pode ser entendido também como discricionariedade) reservado ao legislador e ao administrador. O Judiciário somente pode se imiscuir na formulação ou aplicação de deveres de proteção quando as demais funções estatais permaneceram absolutamente inativas (isto é, quando desrespeitaram o dever de proteção), ou quando as medidas por eles tomadas mostrem-se publicamente inadequadas ou insuficientes (ou seja, quando, respeitado o dever de proteção, não se considerou devidamente a proibição de insuficiência)” (GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. *A eficácia contra particulares dos direitos (drittwirkung) sob enfoque de seus deveres de proteção (schutzpflichten)*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito – Ciências Sociais Aplicadas) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 70).

interesses públicos e privados concorrentes, já que o dever constitucional de proteção não impõe a adoção de todas as possíveis e imagináveis medidas de proteção, na medida em que uma violação do dever de proteção pode ser reconhecida quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes.¹⁴³⁸

A premissa teórica consensual no sentido de que uma violação do dever de proteção somente pode ser reconhecida quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes¹⁴³⁹ não tem sido considerada em todas as ocasiões pela recente jurisprudência do Brasil. Na discussão sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que estabelece o trânsito em julgado da condenação como condição para a execução da pena, a Procuradora-Geral da República Raquel Dodge, em parecer ofertado na ADC 43, defendeu que a lei processual não poderia adotar como termo inicial do cumprimento da pena o momento do trânsito em julgado sob pena de violação ao dever de proteção suficiente de direitos fundamentais. Sem assumir claramente a tese de que o art. 283 do CPP seria inconstitucional por violação à proporcionalidade na vertente da vedação à proteção insuficiente, afirmou que *“o regulamentar o princípio da presunção de inocência, a lei não pode, a pretexto de protegê-la de modo absoluto, desproteger (ou proteger de modo insuficiente) direitos de outros, mediante a imposição de restrições ao jus puniendi que levem à ineficácia da tutela penal”*. A tese sustentada pela Procuradoria-Geral da República não adota os parâmetros teóricos sustentados, por exemplo, por Canaris e Ingo Sarlet, já que sequer busca comprovar que a opção legislativa consistiria em medida inteiramente inadequada ou ineficaz. Os argumentos deduzidos pela PGR parecem indicar que um modelo legal diferente daquele estabelecido pelo legislador seria melhor ou mais recomendável, sem demonstrar de forma segura, no entanto, a insuficiência de proteção de bens jurídicos.

Em recente decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso que afirmou a inconstitucionalidade parcial do Decreto de indulto coletivo expedido pelo Presidente da

¹⁴³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 10, 2006, p. 339.

¹⁴³⁹ A propósito, já decidiu o Tribunal Constitucional da Alemanha que “[n]o cumprimento do dever de proteção cabe ao legislador assim como à Administração um amplo campo de avaliação, valoração e criação, que também deixa margem à consideração de interesses públicos e privados concorrentes. Uma violação do dever de proteção somente pode ser identificada, quando as medidas de proteção do poder público absolutamente não foram tomadas ou caso se revelem totalmente inapropriadas ou insuficientes ao seu fim, ou fiquem sensivelmente quem dele (1ª Câmara do 1º Senado de 17.2.1997- 1 BvR 1658/96- Elektrosmog)” (GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. *A eficácia contra particulares dos direitos (drittwirkung) sob enfoque de seus deveres de proteção (schutzpflichten)*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito – Ciências Sociais Aplicadas) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 75).

República em 2017 (Decreto 9.246/2017), defendeu-se novamente a ofensa ao princípio da vedação à proteção insuficiente:

105. Conforme expus nos itens anteriores, entendo que o indulto coletivo não pode ser utilizado como forma de derogar a política criminal estabelecida pelo legislador. Logo, se dentro do sistema progressivo estabelecido na legislação é preciso o cumprimento de 1/3 de pena para que o preso retorne ao convívio social, ainda assim mediante o atendimento dos requisitos exigidos para o livramento condicional, entendo que o ato executivo que perdoa a pena apenas mediante o cumprimento de 1/5 de sua duração viola o princípio da separação dos Poderes e o princípio da vedação à proteção insuficiente.

106. Ainda mais tendo em vista que a regra do art. 1º, I, do Decreto no 9.246/2017 se aplica indistintamente a qualquer crime cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, de forma a abranger os crimes relacionados à corrupção. O dispositivo foi redigido de maneira tão ampla que, na prática, importa em derrogação das normas legais e da pena aplicada pelo Poder Judiciário por via transversa.

107. Além disso, a regra se aplica a toda e qualquer pena, independentemente do seu *quantum*. Nesse ponto, em particular, a ausência de limite com relação à severidade da pena esgarça o indulto de maneira absolutamente desproporcional, violando de forma grave a vedação à proteção insuficiente. A previsão abre margem para que, na prática, pessoas condenadas a penas graves – como 30 anos por lavagem de dinheiro e peculato – tenham 80% da punição perdoadada de forma automática pelo decreto presidencial. Trata-se de um nível de leniência absolutamente incompatível com os deveres de proteção que são exigidos em um Estado Democrático de Direito.

108. A hipótese do art. 2º, § 1º, I, do Decreto no 9.246/2017, por sua vez, não se subsume integralmente ao raciocínio desenvolvido com relação ao art. 1º, I, mas também configura hipótese de proteção insuficiente. O dispositivo promove uma redução do *quantum* de pena para os casos previstos no art. 1º, I nas situações que especifica – *e.g.* gestantes; pessoas com idade igual ou superior a setenta anos; pessoas que estejam frequentando cursos de ensino; indígenas, entre outros. O benefício a pessoas em situações especiais, a depender do caso, pode até encontrar justificativa na defesa de direitos fundamentais. Não obstante, a norma em questão promove um abrandamento que se *soma* ao perdão de 80% da pena, esvaziando quase que de maneira absoluta a pena cominada. Por isso, ainda que se possa cogitar de benefícios a depender da condição do preso, entendo que, na hipótese dos autos, resta configurada a inconstitucionalidade por desatendimento aos deveres de proteção do Estado.¹⁴⁴⁰

A afirmação de que o indulto aplicável aos apenados que cumpriram apenas 1/5 da pena implicaria ofensa ao princípio da vedação à proteção insuficiente também careceu de efetiva demonstração. Embora seja plausível considerar que as punições seriam intensamente abrandadas, não há comprovação de que o cumprimento de apenas 1/4 (aplicado no Decreto natalino do ano de 2016) ou de 1/3 (aplicado nos Decretos natalinos durante quase duas décadas) da pena seriam suficientes para garantir a realização mínima da eficácia preventiva do direito penal. Sem embasamento empírico seguro para afirmar a insuficiência da proteção,

¹⁴⁴⁰ STF, ADI 5874 MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 12.03.2018.

deve-se prestigiar a diretriz doutrinária segundo a qual uma violação do dever de proteção somente pode ser reconhecida quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes.

A própria inicial da ADI 5874, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, para além da transcrição de lições doutrinárias, não traz qualquer fundamento concreto para concluir pela proteção insuficiente de direitos fundamentais. Ao contrário, limita-se a afirmar que “[a] proteção do estado não pode ser deficiente” e “[n]ão pode ser menor do que a necessária” e que o decreto de indulto, “*por ser excessivamente abrangente e desatento à ideia da pena individualizada que deve ser cumprida, afronta o princípio constitucional da proporcionalidade, por atribuir ao Estado um resultado deficiente naquilo que deve ser a reprimenda justa e eficaz da criminalidade*”¹⁴⁴¹. O problema que não foi solucionado argumentativamente pela inicial da ação direta está justamente em demonstrar qual seria esse mínimo de reprimenda exigido para oferecer proteção suficiente aos bens jurídicos penais. Embora se concorde com a visão manifestada pelo Ministro Luís Roberto Barroso de que o Decreto coletivo de indulto expedido no ano de 2017 não realiza as melhores escolhas de política criminal – pois deveria ter centrado esforços na extinção de penas de crimes de menor relevância e que contribuem mais gravemente para a superlotação carcerária –, não parece sustentável a ideia de que o princípio da vedação à proteção insuficiente oferece um referencial teórico seguro para afirmar a inconstitucionalidade do Decreto¹⁴⁴².

Esses dois casos recentes da jurisprudência do STF não parecem fornecer bons exemplos da aplicação da teoria dos deveres de proteção. Nos dois casos, Congresso Nacional e Presidente da República fizeram escolhas de política criminal pouco felizes e até mesmo pouco eficientes¹⁴⁴³. Depois da sistemática da repercussão geral, efetivamente não faz mais sentido exigir que os recursos extraordinários criminais transitem em julgado para que se inicie o cumprimento da pena. Também não parece razoável adotar um parâmetro único de exigência

¹⁴⁴¹ A íntegra da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela PGR está disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI_IndultoDecreto9246_DF_peticao_inicialR1.pdf>. Acesso em: 03.01.2019.

¹⁴⁴² V., nesse sentido, voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5874votoAMfinal.PDF>>. Acesso em: 03.01.2019.

¹⁴⁴³ V., a propósito, a tese de que o indulto coletivo poderia beneficiar condenados por tráfico de drogas: CAPPPELLARI, Mariana Py Muniz. Indulto: da necessidade e impositividade de sua concessão ao crime de tráfico de drogas. *Boletim IBCrim*, v. 24, n. 280, p. 6-7, mar. 2016.

de cumprimento da pena em 1/5 para a concessão do indulto aos condenados por qualquer delito e independente do montante da pena. Em nenhum desses casos, entretanto, parece possível afirmar que os bens jurídicos tutelados ficaram desprovidos de mínima proteção. No ponto, concorda-se com Daniel Sarmiento quanto à necessidade de adotar uma postura de maior contenção no controle da proibição de proteção insuficiente quando comparada com a postura exigida no campo do controle do excesso¹⁴⁴⁴. Embora o julgamento ainda não tenha terminado, a maioria do STF já rejeitou a tese de que o Decreto de indulto violaria o princípio da vedação à proteção insuficiente¹⁴⁴⁵.

No entanto, ainda que fosse possível afirmar com segurança que o Decreto de indulto coletivo de 2017 ofenderia o princípio da vedação à proteção insuficiente, isso não autorizaria, de qualquer forma, a edição de sentença aditiva que resulte em ampliação do poder punitivo. Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou que *“não compete ao Supremo Tribunal Federal reescrever o decreto de indulto”*, pois a opção do Presidente da República *“não poderá ser substituída por uma escolha discricionária do Poder Judiciário, mesmo que possa parecer melhor, mais técnica ou mais justa”*¹⁴⁴⁶.

O mesmo raciocínio impede que se acolha o pedido formulado na ação direta de

¹⁴⁴⁴ A propósito, Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes afirmam o seguinte: “Portanto, de acordo com Canaris, tanto a função legislativa como a jurisdicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos fundamentais, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, uma vez que normalmente há múltiplas formas constitucionalmente admissíveis para assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Assim, o recurso à ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade, torna-se geralmente necessário para o equacionamento da questão. Sem embargo, no caso de influência dos direitos fundamentais através da proibição de intervenção estatal, recorre-se à dimensão do princípio da proporcionalidade como vedação do excesso, no qual há espaço para um controle mais rigoroso da conduta dos poderes públicos. Já no caso da influência destes direitos através do imperativo de tutela, a dimensão pertinente do princípio da proporcionalidade é a da proibição de insuficiência, em que o controle é mais brando” (SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011. p. 74).

¹⁴⁴⁵ Votaram nesse sentido os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello. V., sobre o tema, notícia disponível em: <<https://www.jota.info/stf/dosupremo/maioria-do-stf-vota-para-conferir-amplo-poder-do-presidente-conceder-indulto-29112018>>. Acesso em: 03.01.2019.

¹⁴⁴⁶ V., nesse sentido, voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5874votoAMfinal.PDF>>. Acesso em: 03.01.2019.

inconstitucionalidade por omissão (ADIO) 26 que pretende que o STF determine a aplicação por analogia da Lei 7.716/1989 (que criminaliza o racismo) para todas as formas de homofobia e transfobia. Embora nesse caso – ausência de criminalização específica da homofobia – seja possível admitir a existência de omissão inconstitucional por violação ao princípio da vedação à proteção insuficiente¹⁴⁴⁷, isso não autoriza investir o STF no papel de legislador positivo para ampliar o espectro punitivo do delito de racismo.

7.3 A proibição de sentenças aditivas *in malam partem* no campo penal

Como visto, é uniforme a compreensão de que decisões aditivas têm lugar quando uma disposição tem conteúdo normativo menor do que aquela que, constitucionalmente, deveria ter¹⁴⁴⁸. O grande diferencial desse modelo de decisão constitucional decorre da solução dada pelo Tribunal por meio da adição de norma jurídica não contida no texto legislativo¹⁴⁴⁹, corrigindo-o ou reparando-o, com o objetivo de superar o estado de inconstitucionalidade. O STF, seguindo a tendência de outros Tribunais constitucionais¹⁴⁵⁰, tem produzido ao longo dos últimos anos diversas sentenças aditivas¹⁴⁵¹. O Ministro Teori Zavascki lembrou que, na realidade brasileira, “*a opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade*

¹⁴⁴⁷ Seria aplicável a essa hipótese a tese de Luciano Feldens segundo a qual o controle da insuficiência pode ter como referência a ideia de coerência interna do sistema penal (endonormativa), com base no método comparativo com outros tipos penais vigentes. V. FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 118 e ss.

¹⁴⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENO, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012, p. 392.

¹⁴⁴⁹ Como adverte Díaz Revorio, o elemento essencial que define as sentenças aditivas não é o de produzir uma adição sobre o texto, mas que produza uma extensão ou ampliação do conteúdo normativo, como consequência indireta e necessária da mesma. V. REVORIO, Díaz Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: Significado, tipología, efectos y legitimidad*. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 168.

¹⁴⁵⁰ Para uma visão geral sobre o tema no direito comparado, v. BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitutional courts as positive legislators: a comparative law study*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011.

¹⁴⁵¹ A título de exemplo, citem-se as seguintes decisões: (a) interpretação conforme do ADTC da Constituição do Estado do Rio de Janeiro para determinar que a participação do Ministério Público no Conselho Estadual da Criança e do Adolescente dar-se-ia na condição de convidado, sem direito a voto (STF, ADI 3463, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 27.10.2011); (b) interpretação conforme dada à Lei 12.034/09 para considerar que, muito embora a lei obrigasse o eleitor a apresentar o título de eleitor como condição para votar, apenas a falta de documento oficial com foto impediria o exercício do direito ao voto (STF, ADI 4467 MC, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. em 30.09.2010).

tipicamente legislativa”¹⁴⁵².

Essa competência normativa do STF reconhecida expressamente pela Constituição quando tratou do mandado de injunção (art. 5º, LXIX) deve ser analisada “*como ‘poder-atribuição’ do Supremo Tribunal Federal, a revelar uma capacidade política de criação normativa que pode se apresentar nos mais diversos contextos processuais possíveis e nos formatos mais diversos*”¹⁴⁵³. De acordo com essa visão, a função normativa do STF encontra limites definidos na norma constitucional que institui o mandado de injunção, independente do meio processual utilizado. Para Rodrigo Kaufmann, “*o que a Constituição faz ao estabelecer esse dispositivo é reconhecer esse poder-atribuição do Supremo Tribunal Federal e dizer que ele pode ser exercido em qualquer atuação da Corte, por meio de qualquer meio processual, desde que se paute no esforço de tornar viável ‘o exercício dos direitos e liberdades constitucionais’*”¹⁴⁵⁴. Essas premissas limitam a competência normativa do Supremo Tribunal Federal às hipóteses de identificação cumulativa dos seguintes requisitos: (i) existência de omissão inconstitucional (ii) da qual resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais.

A teoria dos deveres de proteção, quando aplicada ao direito penal, deixa claro que o poder punitivo estatal também pode desempenhar função garantidora de direitos fundamentais. Dessa forma, poder-de-ia cogitar da autorização para o STF realizar função normativa no campo penal, inclusive para ampliar o espectro punitivo, com o objetivo de garantir um mínimo de proteção a certos direitos fundamentais, colocados em risco pela ausência ou intensa insuficiência da tutela penal. É esse o argumento que orienta a pretensão de imputar ao STF competência normativa para criminalizar de forma especial a homofobia. Para certos setores dos movimentos sociais¹⁴⁵⁵ e da doutrina¹⁴⁵⁶, a ausência de um tratamento punitivo criminal para

¹⁴⁵² ZAVASCKI, Teori. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima (orgs.). *Mandado de Injunção*, Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

¹⁴⁵³ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder. In: MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima (orgs.). *Mandado de Injunção*, Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 323.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 329.

¹⁴⁵⁵ V., a propósito, a petição inicial da MI 4.733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Requerente Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT).

¹⁴⁵⁶ GONÇALVES, Luiz Carlos. *Direito penal: a criminalização da homofobia como forma de proteção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/03/direito-penal-a-criminalizacao-da-homofobia-como-forma-de-protecao-de-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

essa prática discriminatória contribui para o escandaloso quadro de sistemática violência contra homossexuais e transexuais no Brasil¹⁴⁵⁷.

Embora esse raciocínio esteja correto – a punição criminal pode ser medida necessária para conferir grau mínimo de proteção a certos direitos fundamentais –, a criminalização de uma conduta envolve sempre o estabelecimento de uma restrição da esfera jurídica dos destinatários da norma penal. E é “[j]ustamente porque implicam restrições à esfera de liberdades individuais, ou seja, aos direitos fundamentais de terceiros” que “o legislador democraticamente eleito é comumente apontado como o destinatário natural dos deveres de proteção, cuja implementação se dá por meio de leis com caráter geral e abstrato”¹⁴⁵⁸.

A exigência de mediação legislativa para a ampliação do espectro punitivo do sistema penal constitui não apenas uma decorrência da unívoca compreensão de que as limitações a direitos fundamentais devem ser estabelecidas por lei – diante da gravidade da decisão de restringir direitos fundamentais, somente os representantes eleitos poderão tomá-la, em atenção ao princípio democrático¹⁴⁵⁹ –, mas também porque “[e]m matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento”¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁷ Em sentido contrário à necessidade de criminalizar a homofobia, v. CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homophobia: perspectives starting from the queer criminology. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, p. 187-212, nov.-dez. 2012.

¹⁴⁵⁸ OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 31.

¹⁴⁵⁹ A Constituição estabeleceu no inciso II do artigo 5º que as restrições às liberdades individuais só podem ser feitas por lei. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem afirmado que a “a reserva de lei para todos os atos de intervenção na esfera de liberdade, dentro do constitucionalismo democrático, é um elemento essencial para que os direitos do homem possam estar juridicamente protegidos e existe plenamente na realidade. Para que os princípios da legalidade e reserva de lei constituam uma garantia efetiva dos direitos e liberdade da pessoa humana, se requer não só sua proclamação formal, senão a existência de um regime que garanta eficazmente sua aplicação e um controle adequado do exercício das competências dos órgãos” (CIDH, Opinión Consultiva OC-6/1986).

¹⁴⁶⁰ STF, RHC 121.835 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 13.10.2015. A mesma compreensão tem sido afirmada pela Corte Constitucional da Itália, para quem a impossibilidade de sentenças aditivas *in malam partem* decorre não apenas do princípio geral da reserva legal, mas também do princípio da legalidade dos delitos e das penas. V., por exemplo, ordinanze n. 25 de 1995 e n. 146 de 1993; sentenze n. 108 de 1981 e n. 42 de 1977.

No direito comparado, a Corte Constitucional da Colômbia tem orientado o controle de constitucionalidade de leis penais pelas seguintes pautas: (i) como regra geral, os pronunciamentos que recaem sobre disposições que estabelecem delitos são de simples acolhimento ou rejeição; (ii) quando as sentenças assumem a modalidade condicionada¹⁴⁶¹ – sentenças manipulativas¹⁴⁶² –, o efeito jurídico das decisões não pode consistir na introdução de elementos estruturantes dos tipos penais que se traduza, de qualquer forma, na ampliação do poder punitivo do Estado, senão apenas no esclarecimento do sentido das disposições legais que tem alguma indeterminação linguística ou lógica que compromete o princípio da legalidade, a exclusão de certas interpretações que afrontem a Constituição, ou a restrição do alcance dos tipos penais¹⁴⁶³.

A longa experiência da Corte colombiana no controle de leis penais está em linha com essas diretrizes gerais que impedem a legislação positiva contra o réu. Os exemplos são muitos. Todos eles confirmam a regra de que, na seara penal, a jurisdição constitucional na Colômbia tem preferência por técnicas decisórias clássicas – de mera improcedência ou procedência –, deixando para situações excepcionais a adoção de sentenças intermédias ou interpretativas. Mesmo nesses casos excepcionais, as sentenças interpretativas se orientam pela máxima de não permitir que os condicionamentos impostos aos tipos penais introduzam novos elementos constitutivos, mas apenas esclarecer o sentido e o alcance de preceitos que contenham uma indeterminação com potencial de afetação do princípio da legalidade, ou quando uma ou mais alternativas interpretativas sejam contrárias à Constituição¹⁴⁶⁴. Em qualquer desses casos, entretanto, o efeito das sentenças interpretativas tem sido a redução do campo de

¹⁴⁶¹ As técnicas de declaração de inconstitucionalidade parcial – com ou sem redução de texto – e de interpretação conforme à Constituição são denominadas pela Corte Constitucional Italiana de sentenças de ilegitimidade parcial, divididas em sentenças de ilegitimidade parcial textual (com redução de texto) e sentenças de ilegitimidade parcial interpretativa (por exclusão de sentidos inconstitucionais ou adoção de um único sentido constitucional possível). Tais modelos de decisão, adverte a própria Corte Constitucional Italiana, seja pela via da ablação de fragmento textual, seja pela exclusão de conteúdos normativos, produzem modificação do ordenamento jurídico ainda compatível com o papel de legislador negativo tradicionalmente atribuído às Cortes constitucionais. V. Sentenze n. 104, n. 174, n. 255 e n. 311, todas de 2006, cujas íntegras encontram-se disponíveis em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>. Acesso em: 03.01.2019.

¹⁴⁶² Sobre a difusa terminologia utilizada, v. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 238 e ss; MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova; 2001.

¹⁴⁶³ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-671 de 2014.

¹⁴⁶⁴ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-671 de 2014.

punibilidade¹⁴⁶⁵. Como exemplos desse tipo de pronunciamento da Corte Constitucional, podem-se citar as sentenças que despenalizaram parcialmente o aborto¹⁴⁶⁶ e o homicídio por piedade¹⁴⁶⁷.

Nas hipóteses em que a Corte detectou alguma omissão legislativa relativa a um tipo penal, optou por apelar ao legislador para que este introduza o segmento normativo faltante, de modo a preservar o princípio da legalidade. Um bom exemplo desse tipo de pronunciamento pode ser encontrado na sentença por meio da qual a Corte identificou que a falta de assistência alimentar prevista na legislação não previu a hipótese de essa ausência de assistência entre companheiros permanentes, quando deveria fazê-lo. Nesse caso, a Corte exortou ao Congresso Nacional para que o tipo penal fosse corrigido, ao invés de expedir uma sentença interpretativa que ampliasse o âmbito de incidência da norma penal¹⁴⁶⁸. Nas poucas ocasiões em que a Corte desempenhou atividade próxima à superação direta de supostas omissões legislativas contidas nos tipos penais – por meio de sentenças supostamente aditivas –, proferiu sentenças que se basearam em interpretação extensiva, e não em propriamente em analogia. É o que ocorreu, por exemplo, nos precedentes que afirmaram que a causa agravante prevista para crimes praticados contra integrantes de uniões maritais heterossexuais também se aplicaria aos membros de uniões homossexuais¹⁴⁶⁹. Decisão semelhante foi tomada pela Corte Constitucional colombiana ao reconhecer que a agravante prevista para o delito de desaparecimento forçado praticado em desfavor de parentes de pessoas especialmente protegidas pela lei também se aplicaria aos cônjuges e companheiros permanentes de tais sujeitos protegidos¹⁴⁷⁰.

Todos esses precedentes confirmam que a Corte Constitucional da Colômbia entende que não são viáveis os pronunciamentos que possam sanar diretamente uma omissão legislativa relativa em uma disposição legal que consagra um tipo penal, introduzam elementos

¹⁴⁶⁵ São inúmeras as sentenças da Corte Constitucional da Colômbia que demonstram que as sentenças interpretativas no campo penal têm resultado na redução do poder punitivo do Estado: Sentencias C-501 de 2014, C-368 de 2014, C-491 de 2012, C-121 de 2012, C-521 de 2009, C-1184 de 2003, C-652 de 2003 y C-479 de 2001.

¹⁴⁶⁶ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-355 de 2006.

¹⁴⁶⁷ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-239 de 1997.

¹⁴⁶⁸ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-016 de 2004.

¹⁴⁶⁹ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencias C-029 de 2009 e C-798 de 2008.

¹⁴⁷⁰ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-100 de 2011.

constitutivos do tipo que ampliem o repertório de condutas proibidas, ou que estendam o alcance das disposições em si mesmas¹⁴⁷¹.

No mesmo sentido, a Corte Constitucional da Itália exclui peremptoriamente a possibilidade de pronúncia aditiva em matéria penal da qual derive efeitos *in malam partem* (potencialmente redutivos da liberdade pessoal), assumindo, nesse sentido, firme compromisso com o princípio da legalidade penal¹⁴⁷². Em precedente do ano de 1974, a Corte italiana, ao reconhecer uma omissão inconstitucional resultante da não previsão para o delito de difamação cometido por meio televisivo da mesma pena cominada ao delito de difamação cometido por meio de jornal escrito, afirmou que seria inviável a expedição de uma sentença aditiva que comportasse agravamento da pena. Para a Corte, essa escolha, eminentemente política, é reservada com exclusividade ao legislador, a quem cabe colmatar as lacunas eventualmente existentes¹⁴⁷³.

Em 1995, chamada a reconhecer a omissão legislativa decorrente da ausência de criminalização da conduta de causar injustificadamente a morte em animal próprio, a Corte Constitucional italiana voltou a afirmar que “*ao juiz constitucional não é dado pronunciar uma decisão da qual possa derivar a criação – exclusivamente reservada ao legislador – de um novo tipo penal: e isso por força do princípio da legalidade*”¹⁴⁷⁴. Na mesma direção da jurisprudência colombiana, por outro lado, a Corte italiana também admite a emissão de sentenças aditivas que introduzem um requisito típico faltante na lei, reduzindo o âmbito de aplicação da norma penal¹⁴⁷⁵. Para a Corte italiana, o princípio da reserva da lei em matéria penal é absolutamente prevalecente em face de quaisquer outros bens ou valores constitucionais¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷¹ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-671 de 2014.

¹⁴⁷² V. Problemi dell’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale, In: *Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee*. 2008. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU199_Omissione_legislatore.pdf>. Acesso em: 04.01.2019. V., nesse sentido, Corte Constitucional italiana., sent. 324/2008.

¹⁴⁷³ Corte Constitucional italiana, sent. n. 42 del 1977.

¹⁴⁷⁴ Corte Constitucional italiana, sent. n. 411 del 1995.

¹⁴⁷⁵ Corte Constitucional italiana, sent. n. 108 del 1974.

¹⁴⁷⁶ V., a propósito, MORRONE, Andrea. *Il custode della ragionevolezza*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 346.

Se não há controvérsia a respeito da proibição de sentenças aditivas que ampliem o espectro punitivo no campo penal, não é tão clara a impossibilidade de chegar ao mesmo resultado – ampliação do poder punitivo estatal – por meio de sentenças demolitórias típicas resultantes do acolhimento, por exemplo, de pedidos formulados em ação direta de inconstitucionalidade. Um bom exemplo para discutir esse tema é o caso pendente de julgamento perante o STF em que se debate a constitucionalidade de lei que determinou a extinção da punibilidade de crime fiscal pela confissão do débito acompanhado do seu pagamento integral¹⁴⁷⁷. Em situação semelhante, em que se discutia a constitucionalidade de lei favorável que estabeleceu causa de suspensão condicional da pena, a Corte Constitucional da Itália entendeu que não poderia, mesmo que por meio de sentença de mero acolhimento, ampliar o espectro de punição criminal estabelecido pelo legislador¹⁴⁷⁸.

O precedente italiano mais conhecido nesse sentido é aquele firmado a propósito da legitimidade constitucional de lei que descriminalizou a interrupção da gravidez nos três primeiros meses da gestação. Nesse caso, a Corte Constitucional afirmou que a pretensão de declaração de inconstitucionalidade da lei benéfica seria inadmissível porque o seu acolhimento comportaria a repristinação de norma incriminadora, o que somente poderia ser feito pelo próprio legislador¹⁴⁷⁹. Nas hipóteses em que a lei penal benéfica efetivamente padecer de inconstitucionalidade, o STF deverá optar pela declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, exortando o legislador a corrigir a eventual insuficiência da tutela penal criada pela lei penal favorável¹⁴⁸⁰.

A vedação à edição de sentenças aditivas *in malam partem* é também aplicável quando o vácuo normativo é criado pelo próprio Judiciário a partir da declaração de

¹⁴⁷⁷ A Procuradoria Geral da República propôs a ADI 4974, com pedido de medida cautelar, no STF, na qual contesta o parágrafo 1º do artigo 337-A do Código Penal (acrescentado pela Lei 9.983/2000), que extinguiu a punibilidade do crime de sonegação previdenciária quando o cidadão, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as devidas informações à Previdência Social, antes do início da ação fiscal. Para a PGR, a norma que afasta a pretensão punitiva do Estado pela mera declaração e confissão formal de prática fraudulenta é constitucionalmente ilegítima, além de afrontar a isonomia em seus desdobramentos penais e desestimular a lisura no comportamento do contribuinte em suas relações com o Fisco. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=243284>>. Acesso em: 04.01.2019.

¹⁴⁷⁸ Corte Constitucional italiana, sent. n. 108 del 1974.

¹⁴⁷⁹ É verdade que há precedente da Corte italiana em sentido contrário, afirmando que o princípio da legalidade não preclui o escrutínio de constitucionalidade, ainda que *in malam partem*, de norma penal favorável. V. Corte Constitucional italiana, , sentença n. 394 del 2006.

¹⁴⁸⁰ V., nesse sentido, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 89 e ss.

inconstitucionalidade de um dispositivo legal. Embora o STJ tenha acertado ao reconhecer a inconstitucionalidade do preceito secundário do crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada (art. 273, § 1º-B, do Código Penal), incorreu em grave equívoco ao suprir a omissão gerada pela declaração de inconstitucionalidade criando uma pena para o delito com base na analogia com a sanção prevista no art. 33 da Lei de Drogas¹⁴⁸¹. A melhor saída seria simplesmente desclassificar o delito para contrabando – já que a conduta proibida pelo art. 273, § 1º-B, do Código Penal também é especial em relação ao delito de contrabando – e aplicar a pena prevista no art. 334 do Código Penal¹⁴⁸², sem fazer do Judiciário um legislador positivo na criação de penas.

Da experiência recente da jurisprudência do STF é possível destacar alguns exemplos de legislação positiva *in malam partem*. O caso da prisão em segunda instância é representativo. A lei processual estabeleceu prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (art. 283 do CPP). A interpretação conforme a Constituição conferida pelo STF excluiu “a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”¹⁴⁸³. Sem desprezar as legítimas preocupações que levaram o STF a tomar essa decisão, não há dúvida de que a pronúncia do STF não se manteve fiel aos limites semânticos do texto interpretado, pois se a lei determina que a execução da pena só pode ter início após o trânsito em julgado, não há interpretação gramatical e semanticamente possível dessa lei que possa autorizar a execução da pena antes do trânsito em julgado. Daí porque a decisão configura sentença aditiva *in malam partem*, e não uma típica sentença interpretativa. Isso porque a decisão intensifica para além dos limites do texto legal, quando menos sob a ótica temporal, a restrição à liberdade de locomoção dos condenados.

¹⁴⁸¹ V. STJ, AI no HC 239.363/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, j. em 26.02.2015.

¹⁴⁸² Essa solução vinha sendo adotada, por exemplo, pelo TRF da 4ª Região. V., por todos, Apelação Criminal 0000625-16.2009.404.7002, Rel. Gilson Luiz Inácio, j. em 02.04.2014.

¹⁴⁸³ STF, ADC 43 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 05.10.2016.

O caso do indulto apresenta a mesma dificuldade metodológica. O art. 1º do Decreto 9.246 estabeleceu que o indulto natalino coletivo seria concedido às pessoas que tivessem cumprido *“um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa”*. A decisão monocrática proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso acrescentou ao dispositivo um rol de delitos que o indulto natalino não poderia alcançar (crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa)¹⁴⁸⁴. Nesse caso, a sentença possui igualmente natureza aditiva, tendo em vista que a norma criada pela decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade não pode ser reconduzida aos limites gramaticais e semânticos da norma benéfica interpretada.

Em passado não muito distante, o STF já havia se valido da técnica da interpretação conforme a Constituição para tornar mais rigoroso o regime punitivo da violência doméstica cometido contra mulheres. A lei estabeleceu que *“[n]as ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”* (art. 16 da Lei 11.340/2006). A decisão do STF emprestou interpretação conforme a Constituição para *“assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão dessa última”*¹⁴⁸⁵. Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a decisão do STF, por meio de interpretação conforme, transformou em incondicionada a ação penal ajuizada contra o agressor da mulher em ambiente doméstico pelos crimes de lesão corporal leve e culposa:

[e]ste e outros casos de interpretação conforme a constituição, assim como os de interpretação constitucional direta, revelam aspecto subjetivo muito interessante da dimensão metodológica do ativismo judicial no Supremo: a maioria dos ministros nega estar criando judicialmente o direito, se diz incomodada com as sentenças aditivas e exalta a figura Kelseniana do legislador negativo, mas, com frequência enorme, profere votos escancaradamente manipulativos dos sentidos normativos das leis ou inovadores até mesmo da ordem constitucional. Muitos ministros do Supremo são ativistas, proferem decisões ativistas em sentido metodológico, mas negam essa

¹⁴⁸⁴ STF, ADI 5874 MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 28.12.2017.

¹⁴⁸⁵ STF, ADI 4424, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.02.2012.

condição assim como a prática. A interpretação conforme a constituição, inclusive, tem sido a principal ferramenta dessa insinceridade institucional.¹⁴⁸⁶

Antes dessa decisão proferida pelo STF, a jurisprudência do STJ era pacífica no sentido de que “*em interpretação conjugada dos arts. 16 e 41 da Lei Maria da Penha, conclui-se que se está a tratar, na hipótese do art. 129, § 9º, do Código Penal, de caso de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação*”¹⁴⁸⁷. Também aqui não parece haver dúvida de que a transformação da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e culposa em incondicional extrapolou os limites gramaticais e semânticos da lei interpretada, que estabelecia que “*só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público*”.

Desses três exemplos acima citados – execução provisória da pena, indulto e natureza pública incondicionada da ação penal por lesão corporal leve ou culposa no âmbito doméstico –, em apenas um deles (o caso do indulto) a intervenção do STF se deu sobre matéria indiscutivelmente penal material. Os outros dois casos versavam sobre matéria processual penal com reflexos na liberdade de locomoção. Poder-se-ia cogitar que o princípio da reserva legal não se aplicaria a esses dois últimos casos (execução provisória da pena e natureza pública incondicionada da ação penal por lesão corporal leve ou culposa no âmbito doméstico). Todavia, a controvérsia sobre se as regras processuais penais que tenham potencial para afetar a liberdade estão ou não sujeitas ao princípio da reserva legal foi recentemente superada pelo STF no julgamento que resultou na declaração de não recepção da condução coercitiva de investigados pela Constituição de 1988¹⁴⁸⁸. O STF decidiu que o postulado constitucional da legalidade estrita se aplica à matéria processual penal, razão pela qual não existe, no processo penal, o poder geral de cautela dos juízes. O voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, ao sintetizar a posição majoritária do STF o tema, afirmou:

Extremamente pertinente, *no ponto*, a advertência que faz o ilustre magistrado RODRIGO CAPEZ, consubstanciada *em magnífica lição*, quando assinala, com absoluta precisão e em face do postulado constitucional da legalidade estrita em

¹⁴⁸⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 295.

¹⁴⁸⁷ STJ, HC 154.148/RS, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, j. em 28.09.2010.

¹⁴⁸⁸ ADPF 395 e 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.06.2018.

matéria processual penal, que inexistente, no processo penal, *o poder geral de cautela dos Juízes*.

Eis, *nesse ponto*, o magistério exposto por esse brilhante magistrado paulista:

“No processo civil, em face da impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência que reputar mais apropriada ao caso concreto, ainda que não prevista em lei. [...]”

Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (artigo 5º, LIV, CF), exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade.

O princípio da legalidade incide no processo penal, enquanto ‘legalidade da repressão’, como exigência de tipicidade (‘nulla coactio sine lege’) das medidas cautelares, a implicar o princípio da taxatividade: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza.

O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem o recurso à analogia com o processo civil”.¹⁴⁸⁹

Após esse precedente firmado pelo STF, não há mais dúvida de que o direito processual penal – especialmente quando estiver em jogo a liberdade de locomoção – submete-se integralmente ao princípio da reserva legal¹⁴⁹⁰. A posição, defendida por uma corrente minoritária, de que o juiz poderia aplicar medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais sem previsão legal específica ficou, assim, superada. Nesse ponto, a atual jurisprudência do STF está em linha com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que somente por lei formal é possível afetar a liberdade pessoal dos indivíduos¹⁴⁹¹. Por esse motivo, de acordo essas premissas incorporadas à jurisprudência do próprio STF, deve-se concluir que também no campo do processo penal se aplica a proibição de edição de sentenças aditivas que ampliem o poder punitivo estatal.

Conclui-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal não pode proferir sentenças aditivas que resultem na ampliação do poder punitivo estatal. Embora seja possível identificar omissões legislativas inconstitucionais no campo penal – a partir da violação ao princípio da

¹⁴⁸⁹ Voto disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Apdf395VotoCM.pdf>>. Acesso em: 07.01.2019.

¹⁴⁹⁰ Para uma visão da doutrina brasileira sobre o ponto, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 61; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares: superação da medíocre dicotomia. *Boletim IBCCrim*, edição especial CPP, ago. 2010. A jurisprudência do STJ já afirmava, há muito, que “*não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência*” (HC 128.599, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, j. em 07.12.2010).

¹⁴⁹¹ Caso “*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Equador*”, cuja decisão está disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 04.01.2019.

proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente –, o Judiciário não está autorizado a suprir tais omissões por meio de sentenças aditivas. No âmbito do controle de constitucionalidade de leis penais (incluindo matéria penal e processual penal), o STF deve preferir o uso de técnicas decisórias tradicionais – de simples rejeição ou acolhimento da pretensão de declaração de inconstitucionalidade –, fazendo uso de sentenças interpretativas de forma excepcional e desde que delas não resulte a ampliação do poder punitivo estatal.

8 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO NO CAMPO PENAL

A política criminal brasileira tem sido construída sem considerar as informações relevantes sobre a realidade sobre a qual pretende intervir e tem produzido, como consequência, resultados contraproducentes em relação à prevenção da prática de delitos. Tudo isso a um custo enorme para os direitos fundamentais de centenas de milhares de brasileiros, que têm sido submetidos a um sistema de justiça criminal injusto e a um modelo de execução de penas cruel e desumano. Esse quadro de violação sistemática de direitos fundamentais que resulta de um direito penal ensimesmado, profundamente isolado do direito constitucional e dos outros ramos das ciências sociais, não pode ficar imune ao controle da jurisdição constitucional. O subdesenvolvimento teórico sobre a relação entre direito penal e Constituição e sobre as possibilidades de intervenção da jurisdição constitucional no campo penal contribuem para consolidar uma postura de injustificável autocontenção do STF justamente no controle das leis que interferem de modo mais drástico nos direitos fundamentais mais relevantes dos indivíduos.

Como visto, o aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade das leis penais exige abandonar o parâmetro geral de excessiva autocontenção. Em geral, o STF tem adotado um controle leve ou de evidência para controlar a constitucionalidade das leis penais, de modo que somente aquelas evidentemente excessivas ou abusivas são declaradas inválidas. Como todo o ônus probatório é imputado a quem alega a inconstitucionalidade, o legislador é desonerado de justificar qualquer tipo de eficácia, de eficiência e de equilíbrio ponderativo das escolhas legislativas no campo penal. No entanto, leis que imponham restrições intensas a direitos materialmente fundamentais devem ser submetidas a testes mais rigorosos de constitucionalidade. É esse precisamente o caso da maior parte das leis penais, que devem ser submetidas, no mínimo, a um controle intermediário, impondo ao legislador demonstrar, pelo menos, que o fim perseguido é legítimo e que há razões relevantes que justificam a intervenção). A regra, como defendido, deve ser a submissão das leis penais a um controle estrito, que exige que o legislador demonstre com premissas seguras a aptidão do meio eleito, a sua maior eficiência em relação às medidas alternativas e também a relação equilíbrio na relação custo-benefício.

Depois de propor o reposicionamento geral da jurisdição constitucional incidente sobre as leis penais – o que exige amenizar o excesso grau de deferência ao legislador e intensificar

o controle pela adoção de testes mais rigorosos de constitucionalidade –, o presente trabalho procurou desenvolver parâmetros materiais de controle da legitimidade das leis penais. Para tanto, propôs-se a revisão do juízo de proporcionalidade como método para solução de *casos difíceis* de controle de constitucionalidade de leis penais. Nesse contexto, apresentaram-se as principais formas de aplicação de cada um dos três testes que compõem o exame da proporcionalidade – *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* – no campo penal, de modo garantir a sua plena funcionalidade na contenção de excessos punitivos.

A ativação da operacionalidade dos juízos de *adequação* e *necessidade* depende da abertura da jurisdição constitucional para avaliações empíricas sobre a aptidão preventiva da criminalização e da idoneidade dos meios alternativos menos onerosos – *extrapenais* e *intrapenais* – para realizar as mesmas finalidades perseguidas pelo legislador. Isso demanda incentivar e valorizar as pesquisas empíricas, criar canais de comunicação entre as ciências sociais duras e o STF, e habilitar a argumentação constitucional para a incorporação desses dados na jurisdição constitucional. Já a *proporcionalidade em sentido estrito* requer a consideração adequada de todas as posições jurídicas afetadas pela lei penal – inclusive, na experiência brasileira, das violações generalizadas de direitos promovida na fase da execução penal – e a avaliação dos efeitos secundários ou indiretos que a criminalização pode produzir em relação aos direitos fundamentais dos seus destinatários – o que envolve considerar os efeitos resfriadores que a aplicação da lei penal tem sobre condutas lícitas, especialmente aquelas ligadas ao exercício de direitos ligados ao funcionamento da democracia.

Todo esse esforço de aperfeiçoamento do controle material de constitucionalidade das leis penais está baseado na aposta de que esse escrutínio substancial da legitimidade dessas leis tem potencial para controlar excessos punitivos e elevar, em alguma medida, o grau de racionalidade da legislação criminal brasileira. O resgate de uma visão material e instrumental do direito penal, associado a um controle rigoroso da constitucionalidade das leis penais, pode resultar na redução dos níveis de desumanidade que caracterizam o sistema punitivo brasileiro. Apesar da enorme relevância que o controle material da constitucionalidade das leis penais possui para garantir direitos fundamentais em face das intervenções legislativas, o processo de constitucionalização do campo penal só pode se completar se for possível também elevar o grau de realização do princípio democrático no modo como as leis penais são produzidas no país – atualmente, sem pluralismo e sem responsabilidade política –, exigindo que o legislador defina

a política criminal com base em premissas empíricas seguras, objetivos claros, perspectivas de impacto no sistema, e, acima de tudo, razões públicas¹⁴⁹².

De acordo com essa perspectiva, não basta investir na averiguação material da constitucionalidade das leis penais. É necessário criar um sistema de controle capaz de garantir que as decisões sobre política criminal sejam fruto de deliberação ampla e racional. A jurisdição constitucional deve exigir que a atividade legislativa no campo penal considere os dados relevantes (diagnóstico) e as diversas alternativas de solução para os problemas identificados (prognóstico). Para atingir esse propósito, é necessário aperfeiçoar também o controle de constitucionalidade do procedimento legislativo, de modo a garantir que as leis penais sejam produzidas com respeito ao princípio democrático e sejam dotadas de um mínimo de racionalidade.

8.1 O princípio da deliberação suficiente no controle formal de constitucionalidade das leis

O Judiciário não é o foro preferencial para realizar, fora do contexto do embate político, as escolhas substanciais de ponderação dos valores constitucionais. Não há dúvida de que a concretização da Constituição há de ser efetivada, preferencial e fundamentalmente, mediante atos legislativos. Trata-se aqui de assegurar a legitimidade das escolhas substantivas mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos. No campo penal, essa preferência é reforçada pelo princípio constitucional da legalidade estrita. A exigência de revitalização e consolidação do controle jurisdicional sobre o processo legislativo se baseia na premissa de que, embora o ideal seja confiar à deliberação pública a justificação das decisões políticas – inclusive de política criminal –, o potencial legitimador da deliberação só se manifesta em contextos em que seus pré-requisitos são respeitados. Se a principal função de um Tribunal Constitucional é a de garantir o funcionamento regular do sistema democrático, não há dúvida de que o processo de formação das leis – o mecanismo mais democrático de formação da vontade política – deve ter

¹⁴⁹² Para Díez Ripollés o princípio da proporcionalidade, mesmo que utilizado de forma depurado, não é capaz de garantir de forma adequada a racionalidade das decisões legislativas penais. Embora não se concorde integralmente com a visão pessimista do autor em relação à potencialidade do controle de proporcionalidade na contenção da arbitrariedade penal, o autor está correto ao propor uma revisão do controle do processo legislativo como forma de elevar o grau de racionalidade da lei penal com respeito ao princípio democrático. V. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 75, set./dez. 2005, p. 98-100.

a sua conformidade constitucional garantida pela jurisdição constitucional. Como bem ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, até mesmo os críticos da jurisdição constitucional costumam aceitar como legítima a intervenção da Corte constitucional para a proteção do funcionamento regular do processo democrático¹⁴⁹³.

Um aspecto que tem sido que, em regra, negligenciado pelo direito constitucional brasileiro é o de que a proteção aos direitos fundamentais se dá não apenas pela adjudicação direta de pretensões jurídicas dirigidas ao Poder Judiciário, mas também – e até principalmente – pelo adequado funcionamento das instituições democráticas. A capacidade dos Poderes Legislativo e Executivo para criar e implementar políticas públicas com o objetivo de garantir direitos fundamentais é muito superior à do Judiciário. Como acentua Ana Paula Barcellos, “*as políticas públicas decididas e implementadas pelo Executivo e Legislativo – após as deliberações democráticas próprias – é que serão responsáveis (ou não) pela promoção geral dos direitos que, por desventura, se encontrem desatendidos*”¹⁴⁹⁴. E é justamente na garantia do caráter democrático das decisões tomadas pelas instâncias representativas que a jurisdição constitucional tem mais deixado a desejar. Cabe ao direito constitucional em geral e à jurisdição constitucional em particular garantir que a elaboração normativa seja realizada de modo compatível com o princípio democrático.

Sem desprezar o importante papel desempenhado pela feição substancialista da jurisdição constitucional – especialmente daquela voltada à adjudicação de direitos materialmente fundamentais, como demonstrou a virtuosa construção jurisprudencial do STF a propósito do princípio da individualização da pena tratada no capítulo 4 deste trabalho –, tem

¹⁴⁹³ V., a propósito, o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes: “O ponto é que uma das principais características da jurisdição constitucional – e que, por isso mesmo, torna-se parte de sua essência – é funcionar como uma espécie de garante das condições mínimas da democracia. Esse tipo de atuação das Cortes constitucionais e das Supremas Cortes é consensual, aceito e prestigiado até pelos mais fervorosos críticos do chamado ativismo judicial. Por essa razão, a garantia do exercício dos direitos fundamentais e democráticos de participação política está intrinsecamente ligada à própria regularidade do processo democrático, e a atuação da jurisdição constitucional nessa seara revela-se de extrema importância sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a tais direitos. Desde a publicação da obra de John Hart Ely (*Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.), compreende-se que a proteção do funcionamento regular do processo democrático é a principal função da jurisdição constitucional e, portanto, também desta Suprema Corte. (...) Ely afirma, com acuidade, que é obrigação e dever do Judiciário: (i) aplicar as regras expressas do texto constitucional; (ii) intervir no processo político quando isto for necessário para a proteção do funcionamento regular do sistema democrático; (iii) bem como para garantir o adequado tratamento dispensado pelas maiorias às minorias” (STF, MS 32033, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 20.06.2013).

¹⁴⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: Algumas propostas sobre o tema da informação. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, 2008, p. 5.

crescido o interesse pelo papel que o controle de constitucionalidade pode exercer no fomento à democracia nos espaços majoritários, enfrentando os problemas identificados na dinâmica de funcionamento desses poderes representativos¹⁴⁹⁵. O debate sobre *como* as decisões devem ser tomadas em uma democracia retorna ao centro das preocupações do direito constitucional, enfatizando-se que a ideia de que “*a democracia será fomentada uma vez que a edição de atos pelo poder público que afetem a vida das pessoas – quaisquer atos – sejam precedidos da apresentação de razões e informações, debate e deliberação*”¹⁴⁹⁶.

Mesmo sob o prisma autocontido do procedimentalismo, as controvérsias relativas ao respeito das regras procedimentais aplicáveis ao processo legislativo pelo Congresso Nacional constituem matérias adequadas para figurar como objeto da jurisdição constitucional¹⁴⁹⁷. O controle judicial da legitimidade constitucional do procedimento legislativo constitui importante garantia do regime democrático. Não se aplica à hipótese o antigo parâmetro de autocontenção do Judiciário segundo o qual não lhe cabe interferir em “questões políticas”, razão pela qual as controvérsias em torno do processo de formação das leis seriam “insindicáveis”¹⁴⁹⁸. Salvo situações absolutamente residuais, hoje se entende que a vetusta doutrina das “questões políticas” se encontra superada, prevalecendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sobretudo no tocante à observância das normas procedimentais, a atuação judiciária se legitima plenamente. Ao garanti-las, o Judiciário contribuirá para a legitimação da decisão final, ainda que, sob o prisma material, esta possa se apoiar, parcialmente, em critérios políticos.

Embora o próprio Supremo tenha assinalado nos últimos anos que pode exercer de forma mais incisiva a jurisdição constitucional quando a sua intervenção for necessária para salvaguardar os pressupostos do regime democrático, uma análise da sua jurisprudência revela

¹⁴⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 47.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 67.

¹⁴⁹⁷ Como alertou o Ministro Luís Roberto Barroso em sede doutrinária, “em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 429).

¹⁴⁹⁸ V., sobre o tema, TEIXEIRA, José Elaires Marques. *A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

que a sua atuação em relação às questões com conotação política tem favorecido o controle dos aspectos substanciais da atuação legislativa, deixando em segundo plano o controle das questões procedimentais da produção legislativa. A maior proatividade do STF no controle de constitucionalidade resultou na intensificação do controle substancial das decisões finais do legislador. Entretanto, a maior participação do Judiciário na vida política do país não produziu modificação significativa do controle procedimental do processo de formação das leis. De fato, o crescimento da importância do STF na definição das grandes controvérsias nacionais deu lugar a um acentuado controle do teor material das normas editadas pelo Congresso, sem, contudo, dar a mesma importância à verificação da aderência pelo legislador às normas que garantem a democratização do processo legislativo.

A função primordial da jurisdição constitucional de garantir o sistema democrático exige uma postura mais ativa do Supremo Tribunal Federal em matérias relacionadas ao respeito ao devido processo legislativo¹⁴⁹⁹. Antes de decidir sobre o conteúdo das opções políticas manifestadas pelo legislador, cabe ao STF garantir que o processo de formação das leis seja aberto, plural, inclusivo e, na maior medida possível, catalizador do respeito aos direitos fundamentais¹⁵⁰⁰. Há, portanto, amplo espaço no Brasil para a implementação de um controle judicial mais estrito e criterioso sobre o respeito pelo Congresso Nacional às normas que disciplinam o processo legislativo¹⁵⁰¹. Um meio para fomentar a democracia nos espaços majoritários é a criação de estímulos ao aperfeiçoamento do modelo de deliberação parlamentar. E isso pode ser feito a partir do reforço ao controle jurisdicional do devido procedimento na elaboração normativa, o que significa afirmar que *“todo ato normativo deverá ser acompanhado de uma justificativa pública, e essa justificativa será apresentar, necessariamente, razões e informações sobre três temas específicos: (i) o problema que a*

¹⁴⁹⁹ V. STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 540-544.

¹⁵⁰⁰ A opção por uma atuação judicial mais incisiva no campo do controle do processo legislativo consubstancia uma metadecisão ou decisão de segunda ordem (“second-order decision”). V. SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order decisions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper, n. 1. Disponível em: <www.law.uchicago.edu/files/files/57.CRS.SecondOrder.pdf>. Acesso em: 13 nov. 20018.

¹⁵⁰¹ Como afirmou a Ministra Rosa Weber, “o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, do controle da constitucionalidade da atividade parlamentar, longe de traduzir ingerência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, fortalece o aspecto essencialmente deliberativo, assegurando as condições para a efetiva participação e, assim, para a preservação da legitimidade democrática e do equilíbrio nas relações entre os Poderes” (STF, ADI 5127, Rel. Min. Rosa Weber, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 15.10.2015).

iniciativa legislativa pretende enfrentar, (ii) os impactos esperados pela medida proposta e (iii) os custos dessa medida”¹⁵⁰².

Embora existam diversas concepções de democracia que disputam espaço no debate público, é razoavelmente consensual a visão de que as decisões em uma democracia demandam a apresentação de razões pelos participantes, e de debate e deliberação acerca dessas razões¹⁵⁰³. Desse modo, as deficiências na deliberação – notadamente aquelas relacionadas à inexistência de justificativas para elaboração normativa – passam a caracterizar verdadeiras inconstitucionalidades formais, levando à invalidade da norma editada sem o respeito ao devido procedimento na elaboração normativa¹⁵⁰⁴.

O problema concernente à amplitude do controle jurisdicional dos aspectos procedimentais das normas jurídicas ganha especial relevância quando se verifica que diversas normas regimentais das casas legislativas densificam preceitos constitucionais relativos ao processo legislativo, de modo que seus conteúdos se apresentam como concretização de um devido processo legislativo preconizado na Constituição¹⁵⁰⁵. Algumas normas regimentais são essenciais para a afirmação do perfil democrático da deliberação parlamentar, como aquelas que determinam a apreciação dos projetos por diferentes comissões temáticas, a apresentação

¹⁵⁰² BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 150.

¹⁵⁰³ “O conteúdo mínimo do DPEN [devido procedimento na elaboração normativa, em termos gerais, exige que a proposta de qualquer ato normativo seja acompanhada de uma justificativa pública, contendo razões e informações, e que essa justificativa deve tratar, ao menos, de três temas: o problema que se considera existir, os resultados que se espera sejam produzidos pela medida proposta e os custos e impactos envolvidos na providência que o ato normativo pretende seja adotada” (BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 187).

¹⁵⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 238-240.

¹⁵⁰⁵ O devido processo legislativo abrange o direito que têm todos os cidadãos de não sofrer interferência, na sua esfera privada de interesses, senão mediante normas jurídicas produzidas em conformidade com o procedimento constitucionalmente determinado. Assim, “[o] direito ao devido processo legislativo é um exemplo de direito fundamental de titularidade difusa, não um direito subjetivo de um ou outro parlamentar, ao menos no que se refere à regularidade do processo de produção das leis. Esse direito funciona simultaneamente como um direito de defesa e como um direito à organização e ao procedimento. Enquanto direito de defesa, o direito ao devido processo legislativo articula, em princípio, pretensões de abstenção e de anulação. As pretensões de abstenção dirigem-se aos órgãos legislativos e exigem que os mesmos se abstenham de exercer sua função em desconformidade com os parâmetros constitucionais e regimentais que a regulam. As pretensões de anulação, por sua vez, são comumente dirigidas ao Poder Judiciário, que delas conhece em sede de controle de constitucionalidade” (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010).

de justificativa às proposições normativas, e estabelecem prazo mínimo entre o primeiro e o segundo turno de votação de propostas de emenda constitucional¹⁵⁰⁶.

A jurisprudência do STF tem afirmado que somente a ofensa direta à disposição normativa que compõe o devido processo legislativo constitucional abre espaço para o controle jurisdicional. Assim, eventuais violações de normas previstas no regimento interno do Congresso Nacional e das suas casas legislativas não autorizam a intervenção judicial, pois a análise sobre o cumprimento de normas regimentais constituiria, segundo a visão majoritária do STF, questão *interna corporis* do Poder Legislativo¹⁵⁰⁷. Em um cenário em que apenas uma pequena parcela das normas que disciplinam o processo legislativo – e que garantem a sua vinculação ao princípio democrático – está contida na Constituição¹⁵⁰⁸, não é difícil explicar a razão pela qual o STF tem atuado de modo bastante autocontido no controle formal do processo de formação das leis. O resultado é previsível: o controle jurisdicional fraco nesse campo concorre para que devido processo legislativo seja sistematicamente desrespeitado¹⁵⁰⁹.

Em direção oposta à orientação prevalecente no STF, o controle jurisdicional sobre o processo legislativo realizado pelas Cortes Constitucionais tem se intensificado em diversas partes do mundo¹⁵¹⁰. Em Israel, por exemplo, a Corte Constitucional desenvolveu jurisprudência no sentido de que é necessário balancear o princípio da autonomia parlamentar com o do império da lei. Como consequência, a Corte adotou uma teoria constitucional de análise dos procedimentos parlamentares segundo a qual o sistema parlamentar estaria

¹⁵⁰⁶ MELLO, Cristiana De Santis Mendes de Farias. *O Revigoramento do Poder Legislativo: uma agenda para o século XXI*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 58-59.

¹⁵⁰⁷ V. MS 24104, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 08.09.2015.

¹⁵⁰⁸ “A Constituição de 1988 não trata de forma geral ou sistemática sobre o processo de elaboração normativa pelo Estado, por seus vários órgãos e entidades, e talvez não fosse realmente razoável esperar que o fizesse. A Constituição estabelece apenas regras básicas acerca do processo legislativo conduzido pelas Casas Legislativas (...) (BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 238-240).

¹⁵⁰⁹ “É exatamente essa a realidade atual do Brasil. Dia a dia, maiorias desrespeitam a regência do processo legislativo. Essa atuação é de tal modo consolidada que nem sequer se tenta ocultá-la.” (MELLO, Cristiana De Santis Mendes de Farias. *O Revigoramento do Poder Legislativo: uma agenda para o século XXI*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 59-60).

¹⁵¹⁰ NAVOT, Suzie. El Control Jurisdiccional de los actos parlamentarios: un análisis comparado de la evolución jurisprudencial en España e Israel. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 78, 2006, p. 153-196.

embasado nos princípios fundamentais, dos quais se derivam os princípios do devido processo legislativo. Dessa forma, uma lesão grave a esses princípios poderia determinar a declaração de invalidade de uma lei¹⁵¹¹. Desde 2004, a Corte Suprema de Israel passou a controlar o procedimento parlamentar, mesmo sem previsão normativa explícita, justificando sua atuação ativista de controle procedimental a partir dos chamados “valores substantivos do regime constitucional” que encontrariam materialização nas regras de processo legislativo¹⁵¹².

Verificou-se também na jurisprudência constitucional espanhola uma expansão do controle judicial sobre os procedimentos internos do Poder Legislativo, garantindo que a não-intervenção jurisdicional só se justificaria na medida em que os direitos de participação política dos deputados e de grupos parlamentares fossem respeitados¹⁵¹³. O Tribunal Constitucional da Espanha promoveu a ampliação de sua atuação jurisdicional sobre o processo legislativo, tornando sindicáveis vícios procedimentais graves que resultam na violação dos princípios fundamentais do devido processo legislativo¹⁵¹⁴. As violações às regras regimentais que atingissem elementos fundantes do princípio democrático – *e.g.*, pluralismo político e publicidade – passaram a integrar o parâmetro de controle de constitucionalidade formal das leis¹⁵¹⁵.

No ambiente latino-americano, destaca-se a rica experiência colombiana no trato do tema. Na Constituição colombiana, há um grande número de normas que contêm disposições acerca do procedimento legislativo, apresentando algumas delegações de complementação ao

¹⁵¹¹ Tal ideia, segundo lição de Suzie Navot, tem sua concepção no julgamento do caso *Poultry Growers Organization*, e representa a primeira vez em que a Corte Constitucional de Israel apresenta a ideia de princípios fundamentais do procedimento legislativo. (NAVOT, Suzie. El Control Jurisdiccional de los actos parlamentarios: un análisis comparado de la evolución jurisprudencial en España e Israel. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 78, 2006, p. 153-196).

¹⁵¹² Tal posicionamento, como esclarece Lozano, fica mais evidente com o julgamento pela Suprema Corte de Israel do caso *The Poultry Growers' Organization v. The Government of Israel*, HCJ 4885/03 (LOZANO, Guillermo Otálora. El deber de deliberación mínima em el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 38, Ago. -Dez., 2013, p. 75).

¹⁵¹³ Esse posicionamento foi reiterado no julgamento da STC 23/1990, realizado em 15 de fevereiro de 1990. O caso que tinha por objeto a discussão acerca do direito parlamentar de formular perguntas e interpelações no bojo de processo legislativo de acordo com o previsto no regramento interno.

¹⁵¹⁴ NAVOT, Suzie. El Control Jurisdiccional de los actos parlamentarios: un análisis comparado de la evolución jurisprudencial en España e Israel. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 78, 2006, p. 153-196. V. no mesmo sentido, BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Prólogo de Manuel Aragon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

¹⁵¹⁵ V., sobre o tema, BIGLINO CAMPOS, Paloma. Los vicios en el procedimiento legislativo: la postura del tribunal constitucional en la sentencia 99/87. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 24., set.-dez. 1988, p. 211-228, p. 228.

legislador ordinário. Isso faz com que o controle de constitucionalidade formal tenha vocação para ampliação, tendo em vista a natureza constitucional de grande quantidade de comandos procedimentais¹⁵¹⁶. Além disso, a jurisprudência da Corte Constitucional reconhece expressamente a possibilidade de controlar a constitucionalidade formal dos atos legislativos com base na violação do Regimento do Congresso Nacional. Nesse sentido, a Corte tem afirmado que o parâmetro normativo aplicável ao controle dos atos legislativos é formado por normas da Constituição e do Regimento do Congresso cujo “*cumplimento é presupuesto básico e necesario para la adecuada formación de la voluntad democrática de las cámaras y estén estrechamente relacionadas con la materialización de principios y valores constitucionales, en especial del principio democrático*”¹⁵¹⁷. Diversas decisões dessa Corte Constitucional afirmaram o entendimento de que o parâmetro normativo do controle formal de constitucionalidade não pode se limitar ao atendimento das previsões normativas expressas no próprio texto constitucional, uma vez que essas normas constitucionais remetem a outros textos jurídicos¹⁵¹⁸.

Nesse contexto, a Corte Constitucional adotou um critério de instrumentalidade das formas como parâmetro geral de controle formal da constitucionalidade das leis¹⁵¹⁹, de modo que as formas processuais não teriam um valor em si mesmas, mas deveriam ser interpretadas teleologicamente a serviço de um fim substantivo. E é com base nesses fins substantivos ligados ao princípio democrático que a Corte distingue as irregularidades irrelevantes das irregularidades que acarretariam vícios graves de procedimento legislativo¹⁵²⁰⁻¹⁵²¹. Esse

¹⁵¹⁶ LOZANO, Guillermo Otálora. El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 38, ago.-dez., 2013, p. 65-108.

¹⁵¹⁷ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-814/2004.

¹⁵¹⁸ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-551 de 2001.

¹⁵¹⁹ Nesse sentido, de acordo com o dito princípio da instrumentalidade das formas aplicado pela Corte Constitucional Colombiana desde 2001 (Sentencia C-737), e a partir de uma perspectiva emprestada do pensamento de Jeremy Waldron que coloca a deliberação pública e a possibilidade de convencimento mútuo e exercício discursivo como fundamentos basilares de uma realidade democrática, Lozano defende que “las reglas constitucionales y legislativas sobre el Congreso deberían ser interpretadas de manera que protegieran el valor constitucional de la deliberación.” (LOZANO, Guillermo Otálora. *El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo*. Pensamiento Jurídico, n° 38, Agosto-Diciembre, Bogotá, 2013, p. 101)

¹⁵²⁰ Como afirmou Lozano, na Sentencia C-737 de 2001, a Corte teria definido como irrelevante a irregularidade quando o descumprimento da formalidade procedimental “no vulnera ningún principio ni valor constitucional, y en especial no llega a afectar el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras, ni desconoce el contenido básico institucional diseñado por la Carta” (LOZANO, Guillermo Otálora. El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 38, ago.-dez., 2013 *El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo*. Pensamiento Jurídico, n° 38, Agosto-Diciembre, Bogotá, 2013, p. 69).

¹⁵²¹ Ainda em relação à diferenciação de tratamento de diferentes espécies de irregularidades no trâmite procedimental legislativo, merece também atenção o disposto na Sentencia C-40, de 2010, em que a Corte Constitucional colombiana concluiu que “existe un consenso jurisprudencial en el sentido que la exigencia del

entendimento tem obrigado a Corte Constitucional da Colômbia a empreender uma busca, em cada caso, dos valores que considera protegidos pelas normas constitucionais sobre procedimento legislativo¹⁵²². Dessa forma, o verdadeiro referencial do controle constitucional do processo legislativo não seria o procedimento em si, mas os princípios e valores constitucionais protegidos por ele¹⁵²³. No contexto colombiano, portanto, a principal função da Corte Constitucional no controle jurisdicional incidente sobre o processo legislativo é o de garantir as condições mínimas de deliberação sobre as medidas legislativas propostas aprovadas pelo Congresso¹⁵²⁴, a partir da compreensão de que o processo legislativo protege princípios e valores fundamentais à preservação do regime democrático, dotados de envergadura constitucional¹⁵²⁵.

Apesar da tendência captada no direito comparado de intensificação do controle jurisdicional sobre a legitimidade do procedimento legislativo, a jurisprudência do STF não

cumplimiento de los requisitos de procedimiento para el caso de los Actos Legislativos es mayor que cuando se trata de normas de índole legal. Ello debido a que la magnitud de las consecuencias, en términos de afectación de la arquitectura constitucional, que conlleva el ejercicio del poder de reforma por parte del Congreso, en tanto constituyente derivado, implica la necesidad inexcusable del cumplimiento de los requisitos de trámite que, por su naturaleza, vinculan a las decisiones del legislativo con la deliberación democrática”.

¹⁵²² Segundo Torres, tal atuação da Corte Constitucional só foi possível porque “la Constitución de 1991 otorgó las herramientas necesarias para que el control al procedimiento legislativo adquiriera la importancia que hasta el momento se le había negado” (TORRES, Alfonso Palacios. *Concepto y control del procedimiento legislativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 263)

¹⁵²³ Nessa jurisprudência surgiram, entre outros, os seguintes valores que seriam fundamentais ao devido processo legislativo: o respeito à vontade das maiorias; a publicidade do procedimento legislativo; e a garantia dos direitos das minorias políticas. V. LOZANO, Guillermo Otálora. El deber de deliberación mínima em el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 38, ago.-dez., 2013, p. 69).

¹⁵²⁴ Ao proferir a Sentencia C-40, de 2010, a Corte Constitucional da Colômbia deixa expresso esse papel judicial de garantia no processo legislativo da deliberação democrática: “Este nivel de exigencia, debe insistir la Sala, no está fundado en un ánimo formalista, sino que antes bien, busca preservar el sistema democrático, a través del estricto acatamiento de las reglas del procedimiento legislativo, en tanto condiciones que garantizan la deliberación que permite el debate vigoroso de las propuestas en el Congreso, la protección de los derechos de las minorías y la identidad entre la voluntad de las cámaras legislativas y los textos jurídicos productos de la reforma constitucional. Si, como se ha insistido, la actividad del Congreso como constituyente derivado es, sin duda alguna, la competencia de mayor envergadura y seriedad que tiene a su cargo el órgano legislativo, es imperativo sostener que el cumplimiento de las reglas mencionadas debe verificarse materialmente en ese ámbito de producción normativa. Por lo tanto, corresponde a la Corte Constitucional efectuar un análisis riguroso del cumplimiento de los requisitos de trámite, a fin de determinar si la reforma a la Carta es una expresión genuina de la voluntad democrática del Congreso”. V. también LOZANO, Guillermo Otálora. El deber de deliberación mínima em el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 38, ago.-dez., 2013, p. 101.

¹⁵²⁵ Entre tais princípios e valores, Torres destaca a participação política, o respeito aos direitos dos congressistas enquanto tais, o pluralismo político, entre outros. Ainda para o professor colombiano, “sin estos aspectos, el procedimiento legislativo se convierte en una serie de requisitos eminentemente técnicos carentes de um significado intrínseco dentro de la vida del Estado, y por tanto em um obstáculo, más que em una garantía a los derechos de los actores em el mismo” (TORRES, Alfonso Palacios. *Concepto y control del procedimiento legislativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 264).

abandonou o dogma da insindicabilidade dos atos *interna corporis* nesse campo. Há um abismo entre a forma pela qual o STF enfrenta alegações de violação material à Constituição e as questões relacionadas ao respeito às normas procedimentais de produção normativa. Duas razões ajudam a explicar esse quadro de apatia do STF em relação ao controle do processo legislativo. *De um lado*, as disposições constitucionais que disciplinam o tema do processo legislativo, embora carentes de regulamentação por normas regimentais dotadas de maior densidade normativa, não têm tido suas potencialidades normativas aproveitadas pelo Supremo. *De outro lado*, a recusa da jurisprudência em enfrentar violações a normas regimentais sobre processo legislativo está baseada na ultrapassada distinção rígida entre violação direta e indireta à Constituição e acaba por desprezar o fato de que certas regras contidas nos regimentos internos do Poder Legislativo densificam a própria ideia de deliberação democrática.

Como acentua Ana Paula Barcellos, “*em várias ocasiões a Constituição prevê que as competências normativas de Casas Legislativas envolvem discutir e votar os temas que lhes são submetidos*”, de modo que “*a ideia de que deve haver uma discussão, e não apenas uma votação, pressupõe a apresentação de argumentos e contra-argumentos, que idealmente devem envolver razões e informações, acerca das propostas submetidas às Casas Legislativas*”¹⁵²⁶. De fato, a Constituição estabelece que cabe às comissões “*discutir e votar projeto de lei*” (§ 2º do art. 58) e que “*a discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados*”. Também prevê que “*o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar*”. Em síntese, a Constituição não exige apenas votação das proposições legislativas, mas a efetiva discussão, vale dizer, uma real deliberação sobre os temas nelas veiculados.

A Constituição de 1988 não pormenorizou a disciplina do processo legislativo, delegando a definição de vários de seus elementos ao próprio Congresso Nacional. Entretanto, tal concretização do processo legislativo se submete ao *princípio da deliberação suficiente*, derivado tanto do princípio democrático (art. 1º da CF) quanto dos dispositivos constitucionais que expressamente exigem que, no processo legislativo, haja não só “votação”, mas também “discussão” (arts. 58, § 2º, I, 60, § 2º, 64 e 65 da CF). O conteúdo desse princípio tem sido

¹⁵²⁶ BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 124-125.

desenvolvido na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia. De acordo com Guillermo Lozano, além de tornar efetivo o princípio democrático na formação das leis por meio da garantia da participação das minorias, a Corte tem protegido o valor da *deliberação suficiente*, fundamento utilizado para declarar a inconstitucionalidade da lei por *elusão do debate*, de modo a proteger a deliberação pública no Congresso Nacional como elemento essencial da legitimidade democrática das suas decisões¹⁵²⁷. Esse requisito de *deliberação suficiente* se expressa, por exemplo, por meio da exigência de apresentação obrigatória de relatório pelas comissões, de exposição de motivos dos projetos e de apresentação pública das razões que justificam a adoção do ato legislativo.

Esse *princípio da deliberação suficiente* foi utilizado em pelos menos duas sentenças paradigmáticas da Corte Constitucional da Colômbia. Na primeira, a lei que disciplinou o combate ao terrorismo foi declarada inconstitucional pelo fato de o projeto de lei não ter sido efetivamente discutido antes da votação dos seus artigos¹⁵²⁸. O Regimento do Congresso colombiano prevê dois momentos distintos e claramente separados de deliberação e votação nas casas legislativas. Em uma primeira fase, os Plenários realizam um debate geral do conteúdo e das orientações básicas do projeto de lei. Somente depois da votação sobre a orientação geral do projeto é que pode ter início a segunda fase, em que são discutidas e votadas as questões específicas do projeto. A distinção dessas fases, tal como ocorre em diversos países, é vista pela Corte Constitucional como uma garantia de racionalização da formação da vontade democrática das casas legislativas. No caso da lei antiterrorismo, a falta de debate geral sobre o projeto foi considerada razão suficiente para a declaração de inconstitucionalidade da lei. Para a Corte, essa fase de discussão e votação gerais do projeto tem profundas implicações, na medida em que representa uma forma de aprovação *prima facie* do projeto como um todo e constitui pressuposto necessário para debater e aprovar especificadamente o conteúdo definitivo do projeto.

A Corte Constitucional da Colômbia reconheceu novamente a força normativa do *princípio da deliberação suficiente* na decisão que declarou inconstitucional a tributação de itens da cesta básica sob o fundamento de que o princípio da não tributação sem representação

¹⁵²⁷ LOZANO, Guillermo Otálora. El deber de deliberación mínima em el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 38, ago.-dez., 2013, p. 65-108.

¹⁵²⁸ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-814/2004.

exigia uma deliberação mínima sobre as implicações de uma mudança que afetava o mínimo existencial. Nessa ocasião, a Corte afirmou que a decisão de tributar todos os bens e serviços de primeira necessidade não obedeceu a considerações fundadas em uma deliberação mínima em torno da legitimidade dos fins buscados pela ampliação da base do tributo a toda uma série de bens e serviços ligados ao mínimo existencial¹⁵²⁹. A jurisprudência colombiana tem afirmado que a deliberação mínima é um dos quatro valores constitucionais protegidos pela jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade formal das leis, ao lado da vontade das maiorias, da publicidade dos procedimentos e da garantia dos direitos das minorias¹⁵³⁰.

A deliberação exigida pela Corte Constitucional da Colômbia como requisito de validade dos atos legislativos não é uma fórmula vazia nem depende apenas da discussão e votação efetivas do projeto legislativo. O princípio da *deliberação suficiente* tem demandado que as decisões parlamentares sejam tomadas com base em um conjunto de informações mínimas acerca dos temas a serem deliberados. De acordo com essa ótica, a Corte colombiana tem considerado que o grau mínimo de racionalidade deliberativa e decisória identifica a *deliberação informada* como um valor constitucional protegido pelas regras de processo legislativo. No Brasil, a Constituição estabelece o dever de deliberação legislativa de forma explícita no art. 66, §§ 4º e 6º, da CF/88¹⁵³¹. A recusa do STF em controlar a legitimidade dos atos legislativos sob a ótica do *princípio da deliberação suficiente* constitui, nesse sentido, uma afronta à própria função de guarda da Constituição e ele imputada pela Constituição de 1988¹⁵³².

Além disso, defende-se a necessidade de superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual somente são passíveis de exame violações às normas regimentais que reproduzam dispositivos constitucionais, pelas seguintes razões. *Primeiro*, a recusa do STF em conhecer alegações de violação aos regimentos internos está limitada,

¹⁵²⁹ Corte Constitucional da Colômbia Sentencia C-776/2003.

¹⁵³⁰ LOZANO, Guillermo Otálora. El deber de deliberación mínima em el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 38, ago.-dez., 2013, p. 65-108.

¹⁵³¹ “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. (...) § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (...) § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final”.

¹⁵³² FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2015, v. 1, p. 46.

atualmente, ao tema do devido processo legislativo, na medida em que a jurisprudência tem exigido expressamente a observância do respectivo regimento em processos de *impeachment*¹⁵³³ e em procedimentos das comissões parlamentares de inquérito¹⁵³⁴. *Segundo*, essa orientação jurisprudencial faz com que se deixe de examinar alegações de descumprimento de normas regimentais dotadas de relevância constitucional, como a que estabelece o quórum mínimo para abertura de sessão legislativa, a que determina a deliberação do projeto de lei por mais de uma comissão temática e a que fixa intervalo entre os turnos para votação de proposta de emenda constitucional. *Terceiro*, o desrespeito às normas regimentais implica, em muitos casos, violação à própria Constituição, pois, ao se recusar a tutelar as normas regimentais, o Supremo Tribunal Federal, em última análise, se nega a proteger a própria Constituição¹⁵³⁵.

De acordo com Cristiana Mello, uma tutela jurisdicional do processo legislativo mais efetiva, que controle eficazmente o respeito ao princípio democrático – fomentando o debate, a racionalidade, a transparência e a participação popular –, pode fazer com que o Legislativo delibere mais e melhor. Em suas palavras, “*sem tutela jurisdicional sistemática do processo legislativo, maiorias afrontam as regras estabelecidas, enfraquecem os partidos de opinião contrárias, manipulam o procedimento e cerceiam o debate*”¹⁵³⁶. Essa visão foi defendida pelo Ministro Luiz Fux, para quem “*sempre que se verificar a existência de transgressões às normas procedimentais atinentes ao processo legislativo majoritário, impõe-se uma atuação mais incisiva e aguerrida da Suprema Corte, sob pena de amesquinhar o próprio regime democrático*”¹⁵³⁷.

¹⁵³³ V. STF, ADPF 378, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2015.

¹⁵³⁴ V. STF, MS 26441, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 25.04.2007.

¹⁵³⁵ V., nesse sentido, PAIXÃO ARAÚJO, Cristiano, Sobre a necessidade de controle dos atos *interna corporis* do Poder Legislativo. *Revista Jurídica*, Lisboa, v.41, 1993, p. 41-42.

¹⁵³⁶ MELLO, Cristiana De Santis Mendes de Farias. *O Revigoração do Poder Legislativo: uma agenda para o século XXI*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 81.

¹⁵³⁷ Continua a lição: “*Todo parlamentar tem o direito público subjetivo de participar de um processo legislativo em que sejam observadas as regras constitucionais e regimentais, de maneira que o produto das deliberações políticas somente se revela legítimo quando em estrita consonância com as regras jurídicas que o conformam*” (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2015, p. 47). No mesmo sentido, apresentando densa retrospectiva histórica sobre o tema, v. SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada: a justiça constitucional como guardião das minorias políticas. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 79-131, jul./dez. 2003.

A efetividade das normas regimentais, sobretudo daquelas que regulamentam preceitos constitucionais mais abertos, exige algum tipo de controle jurisdicional, de modo que não possam se confundir com meras convenções destituídas de qualquer caráter vinculante. É evidente que o Constituinte de 1988 não engessou completamente o processo legislativo, delegando a concretização de vários elementos à definição pelo próprio Parlamento. Contudo, tais definições se submetem à principiologia geral que delimita o sentido da cláusula do devido processo legislativo como instrumento democrático¹⁵³⁸.

Aproximando-se do desenvolvimento jurisprudencial verificado em países como Espanha, Israel e Colômbia, acredita-se que o Brasil deve garantir a democratização do seu processo legislativo, alinhando-se a uma concepção contemporânea de participação democrática, orientada pela deliberação política e pela garantia do pluralismo político¹⁵³⁹. A experiência colombiana demonstra que a democratização do processo legislativo por meio do controle jurisdicional formal da constitucionalidade das leis é perfeitamente realizável no Brasil, sem qualquer risco relevante à preservação da autonomia do Poder Legislativo. A expansão do controle de constitucionalidade sobre as questões procedimentais da atuação legislativa é etapa natural do desenvolvimento de uma jurisdição constitucional comprometida com o adequado funcionamento do sistema democrático. Ganha importância, nesse contexto, a necessidade de superação do dogma da insindicabilidade das violações regimentais no processo legislativo, permitindo a tutela jurisdicional do devido procedimento de elaboração normativa, especialmente nos casos em que as normas regimentais consubstanciem densificação do princípio democrático.

¹⁵³⁸ Quanto a esse aspecto, de grande valia é a lição colacionada pelo Ministro do STF Luiz Fux, em texto doutrinário publicado em coautoria com Carlos Eduardo Frazão: “*Em primeiro lugar, as disposições regimentais consubstanciam, em tese, autênticas normas jurídicas e, como tais, são dotadas de imperatividade e de caráter vinculante. Sua violação, ademais, habilita a pronta e imediata resposta do ordenamento jurídico. Nesse cenário, é inconcebível a existência de normas cujo cumprimento não se possa exigir coercitivamente. Não há aqui alternativa: (i) ou bem as normas regimentais são verdadeiramente normas e, portanto, viabilizam sua judicialização, (ii) ou, a rigor, não se trata de normas jurídicas, mas de simples recomendações, de adesão facultativa pelos seus destinatários. Este último não parece ser o caso*” (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2015, p. 46).

¹⁵³⁹ Na Espanha, a Constituição exige que as leis penais sejam veiculadas por meio de uma tipologia normativa que requer maior rigor procedimental – as leis orgânicas – o que tem levado o Tribunal Constitucional a invalidar leis penais aprovadas sob ritos procedimentais menos exigentes. V., sobre o tema, a STC 160/1986. A doutrina italiana, baseada na experiência comparada, defende a incorporação dessa exigência de quórum qualificado e procedimento mais rigoroso para aprovação de leis penais na Itália. V., a propósito, FOFFANI, Luigi. *Codice penale e legislazione complementare. Da un modello “policentrico” a un modello “piramidale”*. In: DONINI, Massimo (coord.). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 304 e ss.

8.2 A revisão do controle formal de constitucionalidade das leis penais sob a ótica do princípio da deliberação suficiente

Como se viu, o princípio da deliberação suficiente impõe que as decisões legislativas sejam tomadas por meio de um processo legislativo aberto, plural, informado e deliberativo, características que devem se apresentar na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas em cada caso concreto. A utilização desse princípio como parâmetro de controle formal de constitucionalidade tem o potencial de melhorar a qualidade democrática e instrumental do direito penal. É que a imposição de deliberação mínima como condição de validade das decisões legislativas tem por objetivo criar um dever de consideração tanto dos dados relevantes que informam o problema enfrentado quanto das mais diversas alternativas existentes para atingir a finalidade perseguida pela proposição legislativa.

As tentativas de incrementar o grau de racionalidade das leis penais enfrentam enormes dificuldades. Isso porque a política criminal é intensamente influenciada pela opinião pública, que, por sua vez, é condicionada pelos meios de comunicação. Essa dinâmica é caracterizada por um clima de *populismo penal* – as decisões públicas costumam ser tomadas com o objetivo de produzir “golpes de efeito” na opinião pública –, que despreza a opinião de especialistas, os dados estatísticos e as pesquisas criminológicas. A enorme simplificação dos problemas relativos à violência e à criminalidade somada à crescente demanda pelo aumento da repressão confluem para o desenvolvimento de uma política anticientífica. Para utilizar a imagem proposta por Cass Sustein, o legislador criminal coloca uma venda em si mesmo para, além de não enxergar qualquer outra opção disponível, ignorar riscos e consequências ligados à nova regulação¹⁵⁴⁰. Maurício Zanoide chega a afirmar que “no Brasil não há política criminal”, tal o nível de descompromisso com pesquisas empíricas¹⁵⁴¹.

Parte dessas preocupações tem sido tratada pela *metódica legislativa*, também conhecida como *legística material*, responsável por desenvolver modelos de produção e avaliação da lei e que tem produzido largo consenso em torno da exigência, como requisitos prévios à atividade

¹⁵⁴⁰ V. SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005.

¹⁵⁴¹ MORAES, Maurício Zanoide de. Política Criminal, Constituição e Processo Penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucional do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez. 2006, p. 403-430.

legislativa, da identificação clara do problema, da formulação objetiva do resultado esperado e da individualização dos meios a disposição do legislador¹⁵⁴². De acordo com Raquel Scalcon, um processo legislativo deliberativo exige: “(i) *identificação clara do problema sobre o qual se pretende atuar (diagnóstico)*, (ii) *formulação precisa do objetivo que se deseja alcançar*, (iii) *ampla seleção de meios a priori adequados a tanto (jurídicos ou não)*, (iv) *avaliação prospectiva dos efeitos hipotéticos das principais medidas em discussão (prognóstico)*”¹⁵⁴³. A autora apontou, ainda, quatro fatores que determinam concretamente o grau de racionalidade do processo legislativo: (i) o grau de clareza e de correção da base de prognose; (ii) o grau de maturação da deliberação e da mudança legislativa; (iii) o grau de publicidade e de inclusão nas deliberações; e (iv) o grau de amparo das deliberações em estudos técnicos e em avaliações de impacto legislativo¹⁵⁴⁴. Embora a proposta da autora tenha se limitado à utilização desses critérios de racionalidade legislativa apenas para dosar a intensidade do controle material de constitucionalidade das leis penais¹⁵⁴⁵, não há dúvida de que eles também podem funcionar como critérios para o exame do controle formal de constitucionalidade dessas leis.

De acordo com Raquel Scalcon, o princípio democrático requer que o processo legislativo esteja “*amparado em argumentos públicos, isto é, explícitos, definidos e sujeitos a contestação*”¹⁵⁴⁶, o que exige o cumprimento de três deveres básicos: dever de dar razões, dever de informar e dever de consultar as partes interessadas. Com base nesse conjunto de deveres, a autora defende que o legislador é obrigado a “*justificar substancialmente o porquê das alterações legislativas propostas, dar ampla transparência ao processo deliberativo e oferecer maior espaço de manifestação a minorias parlamentares e, sobretudo, a terceiros não parlamentares interessados e/ou afetados*”¹⁵⁴⁷. Raquel Scalcon afirma também que é necessário apresentar avaliação de impacto legislativo como condição para a aprovação de leis penais.

¹⁵⁴² V. MADER, Luzius. Painel 2: Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte, 10-13 set. 2007. In: *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2009.

¹⁵⁴³ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 147.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 213-225.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 159.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 217-218.

¹⁵⁴⁷ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 217-218.

Entretanto, essas propostas que procuram criar para o legislador deveres de justificação e de comprovação de premissas empíricas costumam, em linhas gerais, assumir a natureza ora sugestões *de lege ferenda* de aperfeiçoamento legislativo, ora de critérios de dosagem da intensidade do controle material. Os déficits de informação, justificação e deliberação não são, em geral, traduzidos pela doutrina em requisitos de validade formal das leis. O desenvolvimento do princípio da *deliberação suficiente* pretende justamente superar essa falha estrutural do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. A aprovação de leis exige informação mínima sobre o problema a ser enfrentado, prognóstico sobre os resultados a serem alcançados e debate efetivo sobre esses elementos. O incremento da *accountability*¹⁵⁴⁸ é a dimensão central da chamada “democracia deliberativa”¹⁵⁴⁹. Afinal, hoje, a democracia não mais se restringe à prerrogativa popular de eleger representantes: envolve também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional do Peru afirmou que, “*em um Estado Constitucional, as leis devem ser elaboradas com uma suficiente, ainda que mínima, deliberação*”¹⁵⁵⁰. Essa exigência de deliberação, entretanto, não é cumprida apenas pela votação no Plenário das casas legislativas, sendo necessário que haja “*deliberação entre os parlamentares nas comissões especializadas com ajuda de especialistas e representantes dos diferentes setores que serão objeto de regulação*”¹⁵⁵¹. Para o Tribunal peruano, “*se as leis se voltam para desenvolver e limitar direitos fundamentais das pessoas e pelo seu alcance geral vão regular amplos âmbitos da sociedade, têm que ser sustentadas no mais extenso nível deliberativo*”¹⁵⁵². Nesse contexto, o Tribunal Constitucional do Peru tem sustentado que “*uma lei é legítima em uma democracia constitucional quando em seu procedimento de formação não imperou o segredo, a velocidade e a simples soma de votos, senão quando naquele participaram aqueles que podem ser afetados por suas consequências e quando tenha se*

¹⁵⁴⁸ Gutmann e Thompson lembram que “o princípio deliberativo da *accountability* requer que os representantes façam mais que tentar ganhar eleições e respeitar direitos constitucionais. Em uma democracia deliberativa os representantes devem justificar suas ações em termos morais”. (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996. p. 129).

¹⁵⁴⁹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁵⁵⁰ Tribunal Constitucional do Peru, SSTC 0006-2018.

¹⁵⁵¹ Tribunal Constitucional do Peru, STC 0006-2018.

¹⁵⁵² Tribunal Constitucional do Peru, STC 0006-2018.

realizado uma deliberação e justificação pública dos argumentos que lhe serviram de base”¹⁵⁵³. Em síntese, “*em uma democracia constitucional não se pode aprovar uma lei sem que tenha sido discutida e deliberada*”¹⁵⁵⁴.

Nesse sentido, para garantir os direitos das minorias e oferecer justificação para as decisões estatais, o Tribunal peruano tem afirmado ser necessário que o debate e a deliberação tenham ocorrido em todas as fases da atividade legislativa, desde as comissões especializadas, passando pelas comissões permanentes e chegando até o plenário das casas legislativas¹⁵⁵⁵. A jurisprudência daquele país tem ressaltado que os déficits de deliberação e reflexão não deveriam ser considerados como meros vícios de forma. Ao contrário, esses déficits constituem graves infrações ao princípio democrático, que protege não apenas o princípio majoritário, mas também o princípio de respeito às minorias e o princípio deliberativo¹⁵⁵⁶. Esse componente deliberativo da democracia vai muito além do momento do voto e demanda a discussão aberta e inclusiva dos assuntos públicos, a necessidade de oferecer razões e espaços de deliberação e reflexão para a tomada de decisões. Esse verdadeiro *giro deliberativo* da concepção de democracia foi reconhecido em diversas decisões do Tribunal Constitucional do Peru exatamente com o propósito de controlar a qualidade da deliberação parlamentar, de modo a afastar a compreensão de que a mera votação majoritária suplantaria a necessária criação de

¹⁵⁵³ Tribunal Constitucional do Peru, STC 0006-2018.

¹⁵⁵⁴ Tribunal Constitucional do Peru, STC 0006-2018.

¹⁵⁵⁵ Tribunal Constitucional do Peru, STC 06167-2005.

¹⁵⁵⁶ Em recente decisão, de 2017, o Tribunal Constitucional do Peru, ao declarar a inconstitucionalidade da *Ley Antitransfuguismo*, reafirmou a importância da deliberação no processo legislativo: “[a] a democracia representativa, que se apresenta em contexto de pluralismo, contrasta com a noção do ‘*liberalismo decimonónico*’, o qual enfatiza a dimensão homogênea das sociedades. Este pluralismo ideológico, social, cultural e econômico, que é a síntese dos interesses particulares, deve ser traduzido em fundamentos políticos e jurídicos que possam se refletir em atuações estatais, a fim de fazê-los compatíveis com os valores constitucionais. Para isso, é necessário um processo de deliberação que permita tomar em conta esta mistura de ideias e sua compatibilidade com a Constituição. Um dos espaços idôneos e predominantes para materializar dito processo de deliebração é o Congresso. Com efeito, este é um autêntico órgão deliberativo. O espaço onde se resolvem as tensões e desacordos que surgem da própria realidade plural que determina as relações jurídicas e políticas. Não obstante, o processo deliberativo não deve ser confundido com as atividades que pretendem dar aparência de deliberação. Assim, aqueles processos nos quais somente se enfatize o processo de contabilizar votos deve ser, em todo caso, o resultado de deliberações, em que as razões substanciais precedam a contagem de votos, de maneira que esse elemento não seja o determinante, senão as razões que se encontram por trás dos mesmos. Esse tipo de deliberação, e não os votos em si, são os que bridam com legitimidade uma decisão e a entidade que a emite. Dessa forma, o processo de deliberação serve para o intercambio de informação, assim como colabora na tomada de decisões. Sem embargo, isso não supõe que mediante a deliberação se alcance necessariamente um contexto de certeza, pois em certas ocasiões as decisões políticas são tomadas com diferentes graus de discricionariedade. Desse modo, a deliberação se erige como um processo indispensável para enriquecer o debate não somente em relação à informação disponível, mas também em relação às perspectivas e enfoques” (STC 0006-2018).

espaços de discussão e de intercâmbio de ideias no âmbito parlamentar¹⁵⁵⁷. Nessa direção, o Tribunal assim sintetizou seu entendimento sobre a necessária dimensão deliberativa das decisões legislativas:

Desse modo, é claro que a legitimidade, e inclusive a dignidade democrática das decisões políticas, e em especial das legislativas, depende de que tenham sido produto de um intercâmbio de razões públicas dirigidas a conformar uma decisão, e não da pura imposição da vontade das autoridades.

Neste sentido, também se pode afirmar que no âmbito da tomada de decisões uma deliberação robusta torna possível que se expressem as diferentes opiniões, crenças e cosmovisões existentes na comunidade (plural); que as diferentes vozes, incluindo a daqueles que se encontrem diretamente em situação de violação ou ameaça de violação, assim como as dos sujeitos e entidades que se encontrem em situação de debilidade, possam ser escutadas (inclusão); que a adoção das medidas ou decisões políticas respondam a razões, e não a puras motivações subjetivas, irracionais ou arbitrárias (racionalização); que as decisões se achem nas melhores razões possíveis, as que surjam precisamente de um debate aberto, amplo e incluyente (justificação); e, finalmente, que os argumentos que se ofereçam sem razões públicas, no sentido de que sejam tais que possam ser explicitadas (não devem se tratar de razões subreptícias ou inícuas) e que possam ser aceitas por todos como legítimas (publicização). Em síntese, portanto, uma deliberação robusta se caracteriza por ser plural, inclusiva, racional, e tendente a acolher as melhores justificações, as quais devem ter um caráter público.¹⁵⁵⁸

Essa firme orientação do Tribunal Constitucional do Peru está em linha com a mais recente jurisprudência da Corte Suprema da Argentina e da Corte Constitucional da Colômbia. Na Argentina, por exemplo, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade de disposições legais sob o fundamento de que em sua aprovação não se permitiu a participação de setores que seriam afetados pela medida aprovada¹⁵⁵⁹. Já na Colômbia, a Corte Constitucional, em diversas oportunidades, considerou déficits deliberativos como vícios na formação da lei que autorizam a declarar como inconstitucionais as leis que não tenham sido suficientemente debatidas¹⁵⁶⁰.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional do Peru, o dever de deliberar imputado ao legislador não é enunciado apenas de forma genérica. Os precedentes têm reconhecido dois critérios para parametrizar o controle do cumprimento dos deveres extraídos do componente deliberativo do princípio democrático: a *exigência deliberativa* e a *suficiência deliberativa*. De acordo com o primeiro critério (*exigência deliberativa*), alguns temas, em razão da sua

¹⁵⁵⁷ Tribunal Constitucional do Peru, SSTC 00090-2004-AA e SSTC 03864-2014.

¹⁵⁵⁸ Tribunal Constitucional do Peru, STC 0006-2018.

¹⁵⁵⁹ Corte Suprema da Argentina, Caso CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería, de 18 ago. 2016.

¹⁵⁶⁰ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencias C-537/2012, C-740/2013, C-726/2015.

particular relevância constitucional, devem implicar maiores esforços em relação ao debate e à geração de consensos em torno dos conteúdos a serem aprovados. Nesse sentido, “*quanto maior seja a importância ou relevância constitucional do assunto discutido, maior deve ser o standard para avaliar a suficiência deliberativa do procedimento parlamentar*”¹⁵⁶¹.

Já o segundo critério (*suficiência deliberativa*) se refere aos pressupostos ou condições mínimas de discussão e reflexão que devem ser exigidas na tramitação de uma lei. Não se nega que o Congresso Nacional tem a prerrogativa de fazer proposições legislativas tramitarem com celeridade e de forma excepcional certas iniciativas. Mesmo nesses casos, não se pode aceitar que, com base nessa possibilidade, se elimine toda forma de deliberação ou de reflexão sobre o conteúdo da lei. Dessa forma, o Tribunal Constitucional do Peru reconhece como requisitos mínimos que devem ser cumpridos em respeito ao princípio da deliberação suficiente as noções de *deliberação mínima* e de *reflexão ou revisão*. De acordo com o critério de *deliberação mínima*, as propostas legislativas devem passar, em geral, por um processo em que seja possível discutir seus conteúdos, isto é, trocar razões a favor e contra a regulação proposta, com a finalidade de melhorar, corrigir ou validar o projeto. Para o Tribunal peruano, esse escrutínio deliberativo médio, exigível *prima facie*, requer discussão técnica e intervenção de especialistas, agentes sociais e outros públicos relevantes no âmbito das comissões de estudo e debate no plenário do Congresso. Já a noção de *reflexão ou revisão* demanda que as comissões publiquem as convocações para a participação dos interessados e que os temas sejam, em regra, votados em dois turnos, para que os parlamentares tenham um tempo de *reflexão* enquanto o projeto é conhecido e criticado pela sociedade. Embora esses requisitos não sejam exigidos de forma rígida em todos os casos, o Tribunal Constitucional tem afirmado que o Congresso deve demonstrar que o projeto foi efetivamente deliberado após alguma reflexão¹⁵⁶².

No campo penal, Díez Ripollés construiu um modelo com bases mínimas de racionalidade para as leis penais. Embora esse autor tenha partido da premissa de que a lei penal apresenta cinco níveis de racionalidade¹⁵⁶³, dois deles têm conexão mais estreita com o problema do grau de deliberação mínimo exigido para a aprovação de leis penais. No nível da

¹⁵⁶¹ Tribunal Constitucional do Peru, STC 0006-2018.

¹⁵⁶² Tribunal Constitucional do Peru, STC 0006-2018.

¹⁵⁶³ Díez Ripollés acolhe um modelo de racionalidade legislativa estruturado em cinco níveis: linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético, todos eles afetados por uma dimensão transversal de eficiência. V. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

racionalidade teleológica, Diéz Ripollés sustenta que deve ser garantido um espaço para o debate entre os diversos pontos de vista defendidos pelos diferentes agentes políticos e sociais que participam ou deveriam participar do processo de tomada de decisões legislativas penais. Para esse autor, a garantia de participação não pode ser apreendida apenas em termos quantitativos, mas requer também que todos os atores possuam conhecimento suficiente das informações relevantes necessárias para respaldar a decisão. Esses pré-requisitos são necessários para garantir que a determinação do bem jurídico tutelado e dos mecanismos adotados para essa tutela não são resultado apenas de uma imposição majoritária arbitrária, mas de uma decisão plural e informada.

Associada ao nível da *racionalidade teleológica* (de eleição dos fins), está a necessidade de que o debate parlamentar esteja preocupado com a possibilidade efetiva de a lei ser cumprida e atingir as consequências jurídicas protegidas. Essa *racionalidade pragmática* tem por objetivo concretizar uma estratégia que garanta na maior medida possível que os efeitos perseguidos pela norma sejam realizados. Esse tipo de preocupação tem natureza técnica, razão pela qual deve contar com o auxílio indispensável dos conhecimentos especializados, notadamente da criminologia.

De acordo com Diéz Ripollés, uma lei passa pelo controle de constitucionalidade se for comprovado que “*em sua elaboração se produziu uma adequada participação cidadã*” e “*se foram averiguadas quais são as opiniões sociais*” (racionalidade ética); se for verificado que “*se realizaram os correspondentes estudos prévios sobre a realidade social a incidir, os objetivos a perseguir, os meios de que se dispõe e as possibilidades consequências da decisão legislativa*” (racionalidade teleológica e pragmática); e, por fim, se for observada sua “*coerência com o resto do ordenamento jurídico*” (racionalidade lógico-formal)¹⁵⁶⁴. Coerente com a sua postura favorável a uma concepção de democracia deliberativa e participativa, Diéz Ripollés propõe uma modelo de controle de constitucionalidade das leis penais baseada na ideia de que o legislador deve atender aos requisitos mínimos de racionalidade da atividade legislativa, mantendo, entretanto, uma postura de intenso *self-restraint* em relação às controvérsias substanciais.

¹⁵⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 85.

Esse modelo de racionalidade legislativa penal proposto por Díez Ripollés não pretende dizer ao legislador qual deva ser o conteúdo da lei, contentando-se em assegurar que a decisão seja tomada considerando todos os aspectos relevantes¹⁵⁶⁵. Sob essa ótica, o papel da jurisdição constitucional deve ser o de garantir que as decisões legislativas sejam resultado de um processo motivado e responsável de criação normativa. Isso exige que a jurisdição constitucional possa garantir que o processo legislativo seja aberto e plural¹⁵⁶⁶ para permitir que os acordos políticos traduzam com clareza os objetivos a perseguir, em especial o objeto de tutela e seu âmbito de proteção (racionalidade teleológica), e também que a atividade legislativa tenha contado com informação relevante tanto da necessidade da intervenção como de um prognóstico dos efeitos projetados (racionalidade pragmática). E é exatamente com o propósito de assegurar a racionalidade da legislação penal que Díez Ripollés ressalta a necessidade de respeito às formalidades que regem o procedimento legislativo¹⁵⁶⁷. Os requisitos procedimentais têm a função, portanto, de garantir um adequado processo de formação da vontade do legislador e, assim, atender aos diversos níveis de racionalidade legislativa.

De acordo com Díez Ripollés, o Tribunal Constitucional da Espanha tem corretamente considerado que as normas reguladoras do procedimento legislativo – produzidas pelas casas legislativas – podem funcionar como parâmetro para o controle de constitucionalidade, sem que a violação dessas regras resulte em alteração substancial do processo de formação da vontade legislativa¹⁵⁶⁸. O autor critica, no entanto, o fato de que o Tribunal Constitucional tem excluído a fase governamental do procedimento legislativo do “bloco de constitucionalidade” que

¹⁵⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 75, set./dez. 2005, p. 60.

¹⁵⁶⁶ Essa abertura tende a ser interpretada de forma mais estreita apenas como direito à participação das minorias parlamentares. Janet Moore propõe uma relação mais profunda entre política e democracia, priorizando a participação dos indivíduos de baixa renda e as minorias sociais que são mais direta e desproporcionalmente afetadas pelo crime e pela justiça criminal. Para a autora, “essa abordagem incorpora aspectos das justificativas tradicionais para o direito penal, exigindo mais. A melhoria da democracia leva aspirações morais mais a sério do que o retributivismo, visa uma dissuasão mais eficaz do que o utilitarismo, aguça o foco da teoria da reabilitação, e pode fornecer um terreno mais estável a justiça restaurativa”. De acordo com Janet Moore, um *approach* decmorático em relação ao direito penal tem a pretensão de reimaginar a justificação e a finalidade da justiça criminal, reduzindo a “pegada” carcerária do sistema. Essa teoria democrática do direito penal prioriza o empoderamento de indivíduos de baixa renda, minorias e comunidades a participarem mais plenamente na formação e implementação das políticas de justiça criminal. Essa participação não é meramente processual, nem é um fim em si mesmo. O princípio animador e o objetivo desse *approach* decmorático em relação ao direito penal e a valorização da igualdade e da dignidade humana. V. MOORE, Janet. Democracy Enhancement in Criminal Law and Procedure. *Utah Law Review*, v. 543, 2014, p. 565.

¹⁵⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 75, set./dez. 2005, p. 63.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 64.

disciplina o processo legislativo. Nesse sentido, salienta que não há dúvida de que as atividades e trabalhos prévios – por meio de estudos, audiências de interessados, especialistas e órgãos com competência sobre a matéria – têm elevada relevância para a racionalidade da atividade legislativa. Embora o próprio Tribunal Constitucional espanhol tenha reconhecido que a deficiência dessa fase pré-legislativa possa configurar verdadeira nulidade quando as próprias casas legislativas tenham considerado tais estudos prévios como necessários para sua decisão, Díez Ripollés advoga a ideia de que se deve outorgar maior importância às falhas ocorridas nessa fase de iniciativa legislativa governamental¹⁵⁶⁹. Para ele, a omissão de um requisito da fase de iniciativa legislativa governamental pode criar um vício de procedimento legislativo a ponto de inquinar de inconstitucionalidade a lei aprovada.

Na mesma direção, Díez Ripollés defende que *“o debate parlamentar dos projetos e proposição de lei, em suas diferentes fases, constitui o momento decisivo para que os parlamentares e grupos parlamentares, no exercício do pluralismo político, façam valer seus diferentes pontos de vista coadjuvando assim a formação da vontade popular”*¹⁵⁷⁰. Na fase dos debates é que se verifica se a lei se ajusta aos objetivos pretendidos e respeita os níveis mínimos de racionalidade exigidos. Desse modo, *“uma adequada ordenação da discussão parlamentar é requisito indispensável para garantir que a decisão final adotada tenha em conta as diferentes opiniões manifestadas e o apoio que suscitam”*¹⁵⁷¹.

O aperfeiçoamento do controle jurisdicional do processo legislativo constitui, na visão de Díez Ripollés, um aspecto fundamental de um sistema que pretenda garantir a racionalidade legislativa das leis penais. Por isso é necessário construir um marco fiscalizatório que permita verificar se durante o processo legislativo *“os órgãos constitucionais encarregados da iniciativa, deliberação e aprovação legislativas tem procedido de maneira substancial, e não meramente aparente, ao cumprimento do conjunto de trâmites e atividades previstos no procedimento legislativo que têm por finalidade assegurar uma fundamentação racional da decisão normativa”*¹⁵⁷². O objetivo é o de assegurar que a lei aprovada seja fruto de um processo

¹⁵⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 75, set./dez. 2005, p. 65-67.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 71.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 71.

¹⁵⁷² *Ibid.*, p. 103.

de formação de vontade coletiva discursivamente defensável e que goze de uma adequada motivação¹⁵⁷³.

É importante observar a estreita ligação entre o respeito às exigências deliberativas do processo legislativo e o controle material de constitucionalidade. Somente quando o legislador apresenta de forma suficientemente clara o problema a ser enfrentado e os objetivos perseguidos – com base em estudos e informações empíricas – é que o Tribunal pode verificar com precisão e objetividade a acomodação da decisão legislativa aos mínimos parâmetros de racionalidade¹⁵⁷⁴. Embora reconhecendo que nem todo vício de procedimento gera a invalidade da lei, Díez Ripollés considera que o primeiro parâmetro material a ser considerado é “*o princípio democrático, decomposto nos subprincípios de predomínio da regra da maioria, proteção da participação de todos os órgãos legitimidades e publicidade do procedimento*”¹⁵⁷⁵. Em síntese, a proposta de Díez Ripollés é a de inserir os critérios de racionalidade legislativa – especialmente dos aspectos teleológico e pragmático – como verdadeiros parâmetros de controle formal da constitucionalidade das leis penais.

A despeito do potencial que o próprio princípio democrático, notadamente da sua vertente deliberativa, tem para examinar a suficiência das informações e debates que levaram à aprovação da lei penal, a exigência de justificação da atividade legislativa sob a ótica das racionalidades *teleológica* (pluralismo no debate sobre a eleição dos fins) e *pragmática* (o debate deve ser informado e baseado em estudos empíricos capazes de mostrar a eficácia e a eficiência da medida proposta para alcançar os objetivos perseguidos) tem melhores condições de assegurar um processo racional de argumentação e decisão legislativa no campo penal. Além disso, tais exigências no controle formal de constitucionalidade apresentam enorme potencial de elevar a qualidade do próprio controle material. Basta notar que a identificação precisa do bem jurídico e dos objetivos mediatos perseguidos pela lei tem aptidão para melhorar a verificação da *adequação* e da *necessidade* da medida legislativa.

¹⁵⁷³ Para uma síntese das regras regimentais que densificam o princípio democrático no processo legislativo no ordenamento jurídico brasileiro, v. MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito*. 2007. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

¹⁵⁷⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 75, set./dez. 2005., p. 104.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 104-105.

No Brasil, a preocupação em criar parâmetros de racionalização da atividade legislativa em matéria penal foi sintetizada por Salo de Carvalho, que propôs a criação de uma “lei de responsabilidade político-criminal”, com o objetivo de obrigar o legislador a discutir sobre os impactos carcerários da aprovação de novas leis penais¹⁵⁷⁶. Para Salo de Carvalho, “[s]e a opção político-criminal dos Poderes Públicos é o aumento das penas e o recrudescimento das formas de execução, que esta escolha imponha deveres e implique responsabilidades”¹⁵⁷⁷. De forma exemplificativa, a adoção dessa lei de responsabilidade político-criminal demandaria, “em casos de leis com proposta de criação de novos tipos penais ou aumento de penas”, a apresentação de “[e]xposição de Motivos que apresentasse o número estimado de novos processos criminais que seriam levados a julgamento pelo Judiciário, o número de novas vagas necessárias nos estabelecimentos penais, bem como o volume e a origem dos recursos para efetiva implementação da lei”¹⁵⁷⁸.

A despeito de essa proposta estar mais ligada à elevação da racionalidade pragmática do que ao aumento da racionalidade teleológica, o dever de demonstrar tanto os impactos reais no sistema de justiça criminal que a aprovação da proposição legislativa traria quanto a possibilidade de concretizar suas disposições constitui importante avanço no sentido de conter o avanço desordenado do poder punitivo e do encarceramento no Brasil. Mais recentemente, Carolina Costa Ferreira defendeu a necessidade de produção de estudo de impacto legislativo como condição para a aprovação de leis penais:

Assim, para cada EIL [estudo de impacto legislativo] seria necessária a realização de pesquisas quantitativas e qualitativas sobre o assunto da alteração legislativa proposta, para trazer a ela as informações empíricas mais adequadas para a tomada de decisão – pela aprovação ou rejeição da proposição legislativa analisada. É importante mencionar que não se pretende substituir os pareceres das Comissões no Congresso Nacional, em qualquer uma das Casas Legislativas, pelo EIL. A ideia é exatamente a oposta: trazer o EIL ao cotidiano do processo legislativo, como forma de contribuição para a qualificação dos discursos legislativos, a partir de dados, de informações reais, a fim de que a avaliação das opções – pela criminalização ou descriminalização, pelo encarceramento em massa ou por propostas de descarcerização – seja consciente e fundada em informações acessíveis a toda a sociedade, e não a valores ou a suposições, sem a devida discussão.
(...)

¹⁵⁷⁶ CARVALHO, Salo de. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. *Boletim do IBCCrim*, n. 193. São Paulo, 2008. p. 1-3.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 1-3.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 1-3.

Percebe-se que o Estudo de Impacto Legislativo consiste em uma das oportunidades de inserir, nos debates que compõem o processo legislativo, informações relevantes para que se discuta o modelo de política pública penitenciária possível em nossa estrutura legislativa e estatal.¹⁵⁷⁹

É certo que não se pode simplesmente transformar todos os requisitos de racionalidade legislativa previstos por essa proposta de criação de um estudo de impacto legislativo – baseado no direito comparado – em parâmetros de controle formal da constitucionalidade das leis penais. Entretanto, é correto assumir que o STF pode, desde já, se valer do princípio da deliberação suficiente – norma implícita resultante do componente deliberativo da democracia – para exigir que as leis penais aprovadas sejam fruto de um processo aberto e plural de formação da vontade legislativa que revele uma justificação baseada em razões públicas e uma discussão efetiva nas casas legislativas sobre o conteúdo da proposição legislativa, em respeito aos direitos das minorias e que tenham considerado os elementos empíricos fundamentais do tema legislado. Esse avanço, já verificado na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e dos Tribunais Constitucionais do Peru e da Espanha, pode funcionar como mecanismo eficaz de contenção das arbitrariedades legislativas no campo penal. Afinal, a democracia requer a possibilidade de participação e também mecanismos de *accountability* das decisões do poder público¹⁵⁸⁰. Quando as decisões legislativas são tomadas sem qualquer justificativa e com escassa deliberação, não há como fiscalizar a correção dessas decisões.

Há um aspecto, porém, que deve ser salientado à guisa de observação final. O aperfeiçoamento do controle formal da constitucionalidade das leis penais tem a pretensão de imputar um importante ônus argumentativo ao legislador, que deve amparar suas decisões em um conjunto razoável de informações e de pesquisas empíricas, além de submeter tais premissas fáticas a um amplo debate parlamentar. Ocorre que esse mesmo ônus não tem sido assumido pelo próprio STF nas suas decisões no campo penal. Dois exemplos podem demonstrar a falta de preocupação com os impactos das intervenções judiciais no sistema de justiça criminal. O retorno, em 2016, ao entendimento de que a execução provisória após a condenação em segunda instância é compatível com a Constituição não foi acompanhado de estudos empíricos

¹⁵⁷⁹ FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, ano 25, mar. 2017, p. 163-164.

¹⁵⁸⁰ LACEY, Nicola. *The prisoners' dilemma: political economy and punishment in contemporary democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 156-69.

minimamente confiáveis sobre o impacto da decisão no sistema prisional¹⁵⁸¹. Apenas para se ter uma ideia do grau de deficiência dos dados utilizados no julgamento realizado pelo STF, não foram considerados os dados referentes à quantidade de *habeas corpus* deferidos pelo STJ contra condenações de segunda instância e os dados concernentes ao volume de reformas de condenações de segunda instância – em recurso especial e em *habeas corpus* – que resultaram na mudança de regime prisional ou na substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito¹⁵⁸².

A recente decisão monocrática proferida pela Ministra Cármen Lúcia que suspendeu os efeitos do decreto presidencial de indulto expedido no final do ano de 2017 também não apontou qual seria o impacto da intervenção judicial no sistema prisional e tampouco os efeitos que a decisão teria em relação aos condenados por crimes de “colarinho branco” – já que foi com base na perspectiva de que o indulto provocaria a impunidade de condenados por esse tipo de delito¹⁵⁸³. Deve-se, assim, ter o cuidado para não incorrer em grave contradição performática consistente em exigir que o legislador fundamente suas decisões em premissas fáticas minimamente seguras e permitir que o próprio STF continue a tomar decisões com enorme impacto no sistema de justiça criminal e penitenciário sem a demonstração dos efeitos que tais decisões produzirão. Se a dimensão deliberativa das decisões legislativas exige informações seguras e debate efetivo sobre os diagnósticos e prognósticos envolvidos nas proposições legislativas, a mesma dimensão deliberativa que caracteriza as decisões colegiadas do STF requer que as intervenções judiciais no campo penal – especialmente aquelas que tenham impacto direto no funcionamento do sistema penitenciário – sejam acompanhadas de pesquisas empíricas consistentes e indicação precisa das consequências das propostas de interferência judicial na política criminal desenhada pelos poderes eleitos.

¹⁵⁸¹ V. STF, ADC 43 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 05.10.2016.

¹⁵⁸² V., sobre o tema, SOUSA FILHO, Ademar Borges de.; SOUZA NETO, Cádio Pereira de. Uma proposta intermediária para o início da execução da pena no Brasil. *JOTA*, 06 set. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-proposta-intermediaria-para-o-inicio-da-execucao-da-pena-no-brasil-06092016>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁵⁸³ STF, ADI 5874 MC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 28.12.2017.

9 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PRISÃO

O senso comum teórico construído em torno do direito penal é unânime em aceitar a ideia de que a intervenção penal só deve ser acionada quando os outros modos de tutela de direitos e interesses não se mostrarem suficientes. Igualmente consensual é a noção de que a mais grave das sanções penais, a pena de prisão, somente deve ser aplicada nos casos de crimes mais graves, quando outras medidas penais menos graves não puderem realizar os objetivos de prevenção buscados pelo direito penal. Afinal, a pena de prisão configura a sanção mais significativa nos países que não contemplam a pena de morte em sua legislação¹⁵⁸⁴.

A jurisprudência do STF, por exemplo, reconhece há décadas que existe uma tendência, ao menos sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, à redução da pena de prisão à *ultima ratio* do sistema¹⁵⁸⁵. Também reconhece que a prisão preventiva é a *ultima ratio*, a derradeira medida a que se deve recorrer, e que somente poderá ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes¹⁵⁸⁶. De fato, consolidou-se na segunda metade do século passado o consenso no universo científico de que “*a prisão deveria ser a ultima ratio da ultima ratio, deixando, para a grande maioria dos casos criminais, a aplicação das penas não-privativas de liberdade*”¹⁵⁸⁷. A realidade caminha, contudo, em sentido diametralmente oposto. Como assinalou Almiro Salvador Netto, “[n]o Brasil, assim como em grande parte dos países ocidentais, a pena privativa de liberdade assume a posição de principal resposta estatal pela violação do dever exigido criminalmente”¹⁵⁸⁸.

Como visto no capítulo 1 deste trabalho, aproximadamente metade das sentenças criminais brasileiras, incluindo as de absolvição e as que reconhecem a prescrição, aplicam aos réus penas de prisão. A quantidade de sentenças que aplicam penas privativas de liberdade é quase quatro vezes superior ao volume de sentenças que aplicam penas restritivas de direito¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸⁴ Corte Constitucional da Colômbia, STC 185/2011.

¹⁵⁸⁵ V., a propósito, STF, HC 70362, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 05.10.1993.

¹⁵⁸⁶ V., nesse sentido, STF, HC 151788, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 14.08.2018.

¹⁵⁸⁷ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 256.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 254.

¹⁵⁸⁹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 37.

Mais grave ainda é verificar que cerca de 23% dos condenados a penas de prisão receberam penas inferiores a quatro anos de reclusão ou detenção. Apenas para que se tenha uma ideia mais real do significam esses dados, hoje no Brasil mais 170 mil presos receberam penas inferiores a quatro anos de reclusão ou detenção. O marco é relevante porque, nos termos do Código Penal, penas inferiores a quatro anos de reclusão podem ser cumpridas em regime prisional aberto (art. 33) e admitem substituição por penas restritivas de direito (art. 44).

O crescimento da aposta do sistema de justiça criminal na pena de prisão tem aumentado sistematicamente ano após ano. Não há qualquer sinal no horizonte de que a taxa de encarceramento irá diminuir, apesar da larga demonstração da sua ineficiência para reduzir os índices de criminalidade e violência. A falta de eficácia da pena de prisão na contenção da prática delitiva não tem sensibilizado nem as instituições que programam e aplicam a política criminal nem a sociedade civil. Ao contrário, a baixa qualidade do debate público em torno desse tema tem reproduzido um discurso de ampliação contínua do sistema carcerário, apesar das múltiplas evidências do seu fracasso¹⁵⁹⁰. O reconhecimento pelo STF, no ano de 2016, do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro teve baixo impacto na modificação dos termos do debate público e efeito irrelevante no seu funcionamento real. Com o crescimento contínuo da população carcerária em todo o país e a decisão do Presidente Michel Temer de retirar recursos do Fundo Penitenciário para aplicação nas forças policiais¹⁵⁹¹, as duas

¹⁵⁹⁰ Como referiu o Ministro Ricardo Lewandowski, as demandas por valorização da cultura do encarceramento, “destituídas de qualquer fundamento racional, não lograram apresentar – como ficou evidenciado – qualquer resultado positivo para o incremento da segurança pública. Pelo contrário, tão somente demonstraram que a violência estatal acaba gerando mais violência social” (BRASIL. *Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Atendimento às Pessoas Egressas do Sistema Prisional*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2016, p. 7).

¹⁵⁹¹ Essa decisão foi objeto de pedido de aditamento apresentado à ADPF 347, em petição subscrita pelo autor deste trabalho em parceria com Daniel Sarmento, cujos termos foram assim resumidos pelo Ministro Marco Aurélio: “Em 9 de janeiro de 2017, o arguente apresentou pedido de aditamento da petição inicial, questionando a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 3º da Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016. Eis o teor dos dispositivos impugnados: Art. 1º A Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 3º (...) XVII - políticas de redução da criminalidade; e XVIII - financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive de inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária. Art. 2º A Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 2º O total dos recursos arrecadados com a realização do concurso de que trata o art. 1º terá exclusivamente a seguinte destinação: (...) V - 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento), para o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, instituído pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994; (...) VIII - 1% (um por cento), para o orçamento da seguridade social; e IX - 0,9 (nove décimos por cento) para o Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP, instituído pela Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001. Art. 3º O superávit financeiro das fontes de recursos concernentes ao Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, decorrentes de vinculação legal existentes no Tesouro Nacional em 31 de dezembro de 2016, poderá ser destinado, até o limite de trinta por cento de seu total, ao Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP. Consoante argumenta, os preceitos atacados, ao estabelecerem novas finalidades para Fundo Penitenciário Nacional, não relacionadas diretamente com o incremento do sistema carcerário, ofendem os princípios do Estado de Direito e a separação de

decisões pontuais proferidas pelo Ministro Marco Aurélio determinando liberação de recursos desse Fundo para os Estados do Ceará¹⁵⁹² e da Bahia¹⁵⁹³ não impactaram positivamente o funcionamento do sistema prisional, que permanece o mesmo *inferno dantesco* do ano de 2016, quando o STF decidiu os pedidos cautelares formulados na ADPF 347.

Nunca foi tão urgente a tarefa de converter em realidade a promessa de reservar à prisão um espaço residual no sistema de justiça criminal. Para isso, é necessário criar condições para tornar operativo o consenso teórico de que *“a prisão, em primeiro lugar, deve ser considerada como ultima ratio, como violência estatal inigualável, utilizada exclusivamente para situações de extrema necessidade”*¹⁵⁹⁴. A redução do grau de encarceramento não depende apenas da modificação do quadro legislativo. Ajustes no modo de aplicação das leis penais – acompanhados de intervenções pontuais do STF no controle de constitucionalidade incidente sobre essas leis – podem produzir importante impacto na contenção do *hiperencarceramento* brasileiro. Nesse campo, a jurisdição constitucional pode exercer um importante papel racionalizador do sistema penitenciário, não apenas por meio da determinação de realização de atividades materiais por parte do Poder Executivo, mas também, e principalmente, por meio do controle incidente sobre o modo de aplicação das leis penais pelos juízes.

Embora o direito constitucional tenha dado maior importância nos últimos anos à atuação do Poder Judiciário no controle das omissões administrativas do Estado – *e.g.*, no âmbito da construção de presídios e do investimento na estrutura dos presídios existentes –, tem crescido a compreensão de que os juízes criminais têm enorme parcela de responsabilidade pela explosão carcerária no Brasil. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, *“não podemos mais continuar a falar da existência desse sistema prisional como se estivéssemos a reclamar do frio ou do calor, como se não tivéssemos nenhuma influência na lamentável situação a que*

poderes. Aponta que a redução do percentual das verbas constituintes do Fundo, bem assim a permissão de redirecionamento de eventual superávit para outras áreas, inviabilizam a superação do estado de coisas inconstitucional. Articula com a inobservância do decidido pelo Supremo no exame da medida acauteladora desta arguição, afirmando que a diminuição das receitas do Fundo contraria a ordem judicial de descontingenciamento de receitas. (...)” (STF, ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão de 03.02.2017).

¹⁵⁹² V. STF, ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão de 22.11.2017.

¹⁵⁹³ V. STF, ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão de 22.06.2017.

¹⁵⁹⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 257.

chegamos”¹⁵⁹⁵. Tal percepção foi traduzida com precisão pela petição inicial da ADPF 347, que dirigiu a maior parte dos pedidos à correção da interpretação dada às leis penais pelos magistrados¹⁵⁹⁶. Infelizmente, nenhum desses pedidos foi acolhido pelo STF na apreciação dos pedidos cautelares¹⁵⁹⁷. Os aportes teóricos apresentados neste capítulo têm por objetivo investir no potencial que a jurisdição constitucional apresenta para iniciar um virtuoso processo de transformação da prisão (definitiva e cautelar) em medida de *ultima ratio*.

A enorme importância que a ciência penal deu à teoria do delito não foi acompanhada de preocupação similar com a teoria da pena¹⁵⁹⁸. A carência de critérios objetivos para a aplicação judicial da pena conforme a Constituição é percebida por todos os observadores mais atentos do funcionamento real do sistema de justiça criminal brasileiro¹⁵⁹⁹. A maior parte dos

¹⁵⁹⁵ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

¹⁵⁹⁶ Para um resumo dos pedidos formulados na ADPF 347, v. GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. *Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Por que a decisão do Supremo na ADPF 347 não alterará o quadro do sistema carcerário? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

¹⁵⁹⁷ Como ressaltaram Rubens Glezer e Eloísa Machado, “não foi acatada nenhuma medida cautelar voltada a lidar com as decisões judiciais de encarceramento, parte crucial do problema. Ministros como Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – ambos com experiência significativa na presidência do CNJ – reconhecem na cultura punitiva do Judiciário a fonte primordial para a crescente superpopulação carcerária e, conseqüentemente, para o ‘Estado de coisas inconstitucional’. Esse diagnóstico serviu de subsídio para outras falas assertivas, como a do Ministro Luiz Fux, de que o STF deveria dar diretrizes enfáticas aos demais magistrados do sistema Judiciário. Estas falas, porém, estão desacompanhadas de autoridade. Os ministros, ao se negarem de criar ou fazer valer qualquer mecanismo de controle sobre a atividade dos juízes, como a Reclamação direto ao tribunal ou a possibilidade de apreciar as liminares contra liminares negadas em *habeas corpus*, transformaram uma decisão judicial em um mero aconselhamento. Em síntese, o Supremo reconhece que o Judiciário é parte do problema. Mas, ao não adotar medidas mais severas para a reversão das decisões de aprisionamento provisório, não faz parte da solução. Ao deferir algumas cautelares sem conceder nenhuma daquelas dirigidas aos juízes, o potencial de mudança estrutural da decisão foi anulado. O Ministro Marco Aurélio alertou o Tribunal de que a decisão estaria esvaziada, sem sorte. Se algo mudou, foi o fato de que o STF perdeu a chance de criar seu próprio grande precedente de direitos humanos”. V. GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. *Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Por que a decisão do Supremo na ADPF 347 não alterará o quadro do sistema carcerário? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

¹⁵⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 143-158, 2004.

¹⁵⁹⁹ Para uma síntese dos principais problemas na aplicação da pena no Brasil, v. CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena no estado democrático de direito - Postulados garantistas. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). *Aplicação da pena e Garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1-98. Esse problema foi percebido por pesquisa realizado pelo Governo Federal: “Também o possível excesso de discricionariedade dos juízes é fator que dificulta do ponto de vista formal a garantia de aplicação sistemática da pena alternativa. A lei deixa ‘brechas’ para interpretações pouco objetivas que permitem ao juiz a não-aplicação. Se um condenado não preenche os requisitos objetivos previstos na lei, não terá sua pena substituída; contudo, ainda que atenda aos mesmos requisitos, o juiz poderá, baseado em elementos subjetivos, negar a substituição. O regime inicial de cumprimento da pena se faz com observância dos critérios previstos no art. 59, que por sua vez dispõe sobre o juiz julgar atendendo ‘à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima’”

habeas corpus e recursos de natureza extraordinária (especial e extraordinário) acolhidos pelo STJ e pelo STF corrigem equívocos judiciais na dosimetria da pena e na fixação do regime prisional, com reflexos importantes na possibilidade de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos¹⁶⁰⁰. O problema da resistência de juízes e Tribunais de segundo grau em aplicar a jurisprudência do STF e do STJ sobre os temas relacionados à dosimetria da pena ainda não encontrou solução eficiente¹⁶⁰¹. Essa sistemática desobediência aos precedentes das Cortes Superiores no campo da aplicação da pena – e também da prisão preventiva – acaba demandando um alto nível de interposição de recursos especiais (os extraordinários têm se tornado cada vez menos usuais depois da sistemática da repercussão geral) e de sucessivos *habeas corpus* no STJ e no STF para a correção de erros grosseiros na interpretação da lei penal¹⁶⁰².

(BRASIL. *Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Atendimento às Pessoas Egressas do Sistema Prisional*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2016, p. 13).

¹⁶⁰⁰ Estudo elaborado pelo STJ revelou que, apenas em sede de REsp (e respectivos agravos) interpostos pela Defensoria Pública, um percentual relevante das decisões de segunda instância são revisadas. A título exemplificativo, no período de 2 anos, entre os quase 28 mil recursos especiais da Defensoria, em 12,28% dos casos as penas foram diminuídas e em 8,44% houve alteração do regime prisional. Além disso, em cerca de 4% desses recursos especiais, a pena de prisão é definitivamente afastada, seja por absolvição, prescrição ou substituição da pena por restritiva de direito. Em números absolutos, no mínimo, 1.120 pessoas teriam sido presas indevidamente aguardando o julgamento do recurso pelo STJ. Isso sem considerar que nos casos de alteração do regime prisional, abre-se a possibilidade de o juiz da execução substituir penas de prisão por penas restritivas de direitos, de modo que o número de pessoas afetadas certamente é muito superior. E mesmo nos casos em que as penas somente são reduzidas, o redimensionamento das penas impacta a concessão de indulto, progressão de regime, livramento condicional, entre outros benefícios, de modo que nesses casos também há efetivo prejuízo aos réus. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/pesquisa_recursos.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

¹⁶⁰¹ É bastante conhecida a rebeldia do TJSP em relação ao cumprimento da jurisprudência firmada pelo STJ e pelo STF em matéria penal. O Ministro João Otávio Noronha, atual presidente do STJ, afirmou recentemente que: “É uma quantidade enorme de decisões condenatórias proferidas pelo TJ-SP ao arrepio de súmulas do STJ e do STF. Dizer que súmula do STJ não tem força vinculante é simplesmente fazer tábula rasa do papel constitucional dos tribunais superiores. Se eles estão lá para dar a última palavra na interpretação da lei federal, e dão, dizem como deve ser entendida, não é razoável que os tribunais e juízes manifestem decisão em sentido contrário. A livre convicção que se dá ao juiz é a livre convicção dos fatos. Para o Direito, a Constituição criou o Supremo Tribunal Federal no plano constitucional e o STJ no plano infraconstitucional. Portanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem uma dívida e é bom que a gente diga e converse sobre isso. Tem uma dívida em seguir as orientações dos tribunais superiores em matéria penal. Isso faz com que o índice de Habeas Corpus seja muito grande, tanto no STJ quanto no STF. É necessário rever esse posicionamento”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-18/stj-repreende-tj-sp-nao-seguir-sumula-nao-conceder-hc>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

¹⁶⁰² A dupla valorização da mesma circunstância para majorar a pena, em violação ao princípio do *ne bis in idem*, é um equívoco sistematicamente praticado por juízes e tribunais brasileiros. O STF decide conceder ordens de *habeas corpus*, depois da causa passar por três instâncias judiciais, para reafirmar orientação jurisprudencial pacífica, tal como no seguinte exemplo: “a ponderação das circunstâncias elementares do tipo no momento da aferição do cálculo da pena-base configura ofensa ao princípio do *non bis in idem*” (HC 117.599, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 03.12.2013).

O elevado índice de aplicação da pena de prisão para condenados a penas inferiores a quatro anos e também os altos índices de aplicação de penas restritivas de direitos a réus que responderam presos aos processos criminais constituem sinais irrecusáveis da necessidade de uma correção de rumos. Não se pode apostar, contudo, na capacidade do STF de corrigir um a um os milhares de equívocos cometidos no campo da aplicação da pena e da prisão preventiva¹⁶⁰³. Embora a plasticidade do *habeas corpus* no direito brasileiro tenha funcionado como importante mecanismo de contenção do arbítrio no exercício do poder estatal¹⁶⁰⁴, não é admissível sustentar a tese de que o STF deva julgar todas as causas criminais do Brasil pela via do *habeas corpus*. Essa é uma aposta insustentável tanto sob o ponto de vista puramente normativo quanto sob o prisma pragmático.

De fato, o acesso individual aos Tribunais e Cortes constitucionais tem sido autorizado, no direito comparado, apenas nas hipóteses de violação a direitos fundamentais¹⁶⁰⁵. De acordo com esse modelo de jurisdição constitucional, o *habeas corpus* só deveria ser examinado pelo STF quando a controvérsia ostentasse natureza constitucional. Essa é a solução que melhor compatibiliza a proteção de direitos fundamentais no campo penal com a vocação institucional do Supremo. E não poderia mesmo ser diferente, já que a franquia processual de amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal para discussão de matéria infraconstitucional em matéria penal só poderia ser aceita se pudesse ser generalizada e acessível a todos indistintamente, o que, evidentemente, não é factível. O modelo atual de acesso irrestrito ao STF para discussão de qualquer matéria infraconstitucional em sede de *habeas corpus* só funciona (ainda que precariamente) porque as Defensorias Públicas ainda estão em estágio inicial de implementação

¹⁶⁰³ O Ministro Luís Roberto Barroso já afirmou que o STF não deveria funcionar como uma “quarta instância” de análise de todas as ordens de prisão do país, mas sim se concentrar na análise de processos que tratem de questões constitucionais. Disponível: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/04/11/barroso-critica-excesso-de-pedidos-de-habeas-corpus-stf-nao-e-4-instancia.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

¹⁶⁰⁴ V., sobre o tema, SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O *habeas corpus* coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 25, n. 137, p. 287-319, nov. 2017.

¹⁶⁰⁵ A experiência da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) no Tribunal Constitucional da Alemanha – reproduzida em diversos países europeus e latino-americanos – é bastante esclarecedora. V., a propósito, SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 415-450. V. ainda, em perspectiva mais abrangente, COMELLA, Víctor Ferreres. *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

e também porque o próprio STF acaba desenvolvendo estratégias processuais defensivas para deixar de apreciar os milhares de *habeas corpus* a ele dirigidos todos os anos¹⁶⁰⁶.

É preciso desconstruir a ideia de que a limitação ao acesso individual que o réu pode ter ao STF significa menor proteção aos seus direitos e garantias fundamentais. O STF deve concentrar suas energias no exame das grandes controvérsias constitucionais no campo penal, criando parâmetros claros e uniformes para todo o Judiciário brasileiro. É verdade que a eventual rebeldia das instâncias inferiores contra as decisões do STF não pode ser desprezada. Daí porque o instrumento da reclamação constitucional pode assumir, de forma residual, essa função de controle de decisões que resultem na afronta às decisões proferidas pelo STF em matéria criminal sob a sistemática da repercussão geral ou em sede de controle concentrado. Além disso, o próprio *habeas corpus* pode ter sua funcionalidade reconstruída a partir da ideia de que essa ação constitucional poderá ser utilizada individualmente para discutir matéria constitucional dotada de relevância e transcendência. Tais propostas caminham no sentido de exigir que o STF abandone a estratégia infrutífera de fazer justiça penal nos casos concretos para assumir uma função estabilizadora de direitos e garantias fundamentais no campo penal, a partir de julgamentos de matérias constitucionais dotadas especial transcendência.

É bom que se diga que essa proposta de mudança de postura do STF tem como objetivo intensificar o controle de constitucionalidade das leis e práticas penais, e não o contrário. A restrição ao uso do *habeas corpus* individual para discutir o acerto de qualquer decisão judicial em matéria penal deve ser acompanhada de uma revitalização do instituto da repercussão geral no campo penal¹⁶⁰⁷ e também do reconhecimento da legitimidade ativa do Defensor Público-Geral federal no âmbito do controle concentrado¹⁶⁰⁸. Essas duas medidas podem produzir uma

¹⁶⁰⁶ A principal dessas estratégias consiste em afirmar que a dosimetria não pode ser revista por demandar reexame fático-probatório: “[a] dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do *habeas corpus*, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso” (STF, HC 163718 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 30.11.2018). O fundamento é comumente utilizado de forma atécnica – pois a maior parte dos casos pode ser examinada a partir da motivação contida na sentença –, mas serve como válvula de escape para reduzir a enorme pressão que incide sobre o STF a partir do amplo acesso individual de qualquer réu para impetrar *habeas corpus* para discutir temas infraconstitucionais.

¹⁶⁰⁷ Essa proposta foi veiculada com adequada profundidade pelo Ministro Luís Roberto Barroso e por Frederico Montedonio Rego: BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, dez. 2017, p. 695-713. Disponível em <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

¹⁶⁰⁸ Tramita no Senado Federal proposta de emenda à Constituição (PEC 31/2017) que atribui ao defensor público-geral federal poder para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de

ampliação da atuação da jurisdição constitucional no campo penal e a consequente elevação do grau de proteção de direitos fundamentais nesse contexto.

O importante é reconhecer que o Supremo não encontrará soluções eficazes para o grave quadro de falência do sistema carcerário por meio do julgamento de uma maior quantidade de *habeas corpus* individuais. A tarefa mais urgente a ser desempenhada pelo STF nos dias atuais – transformar a prisão (cautelar e definitiva) em medida de *ultima ratio* – só será realizada por meio de decisões dotadas de eficácia expansiva (proferidas em sede de repercussão geral e de controle concentrado¹⁶⁰⁹) que enfrentem os temas estruturais do sistema de justiça criminal. Além desses avanços no âmbito processual – valorização do controle difuso por meio da repercussão geral e do controle concentrando pelo reconhecimento da legitimidade ativa da Defensoria Pública –, é necessário desenvolver parâmetros materiais que permitam converter em realidade a promessa de aplicação da prisão como intervenção de *ultima ratio*.

A transformação da pena de prisão em medida de *ultima ratio* depende de várias iniciativas coordenadas. *Em primeiro lugar*, exige, de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, estimular a “*aplicação mais ampla de penas alternativas à prisão, por meio: a) da imposição aos juízes de um ônus argumentativo mais severo para justificar a não aplicação das penas alternativas na sentença condenatória; e b) do investimento no fortalecimento das centrais de acompanhamento de penas e medidas alternativas e na criação de outros mecanismos que permitam aumentar o controle e a fiscalização do seu cumprimento*”¹⁶¹⁰. *Em segundo lugar*, e de forma emergencial, requer, também de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, a criação de uma “*fila de saída*” que permita “*a concessão de prisão domiciliar ou de*

Constitucionalidade (ADC). Apesar disso, defende-se a tese de que essa legitimidade pode ser reconhecida diretamente pelo STF por meio da interpretação sistemática do art. 103, I, da Constituição em conjunto com as reformas que alteraram o perfil constitucional da Defensoria Pública, retirando-lhe do Poder Executivo e a colocando em pé de igualdade com o Ministério Público Federal. A Defensoria Pública não mais integra o Poder Executivo e também não mais está ligada à OAB, na medida em que os Defensores foram desobrigados de manter inscrição como advogados. O reconhecimento da legitimidade ativa do Defensor Público-Geral para ajuizar ações de controle concentrado decorre de uma leitura sistemática da Constituição. Para uma síntese das alterações no perfil constitucional da Defensoria Pública. Confira-se o parecer de Daniel Sarmento sobre o tema, disponível em: <http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2018.

¹⁶⁰⁹ V., a propósito, AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008; LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 57, p. 62-81, out.-dez. 2006.

¹⁶¹⁰ STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

*antecipação do regime aberto a outro preso que já esteja cumprindo a pena no regime semiaberto e já tenha alcançado ou esteja mais próximo de alcançar o requisito objetivo para progredir para o regime aberto”*¹⁶¹¹. Essa iniciativa de flexibilização dos requisitos legais para progressão de regime, defendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso em 2015, se converteu em um dos principais pedidos da ADPF 347 e está em linha com a ideia de equivalentes funcionais da pena e do consequente reconhecimento do direito à compensação punitiva por violações a direitos dos presos, temas que serão objeto de desenvolvimento adiante.

Além disso, é necessário também investir no potencial racionalizador da jurisdição constitucional sobre o caótico sistema de dosimetria de penas e escolha de regimes prisionais no Brasil. Uma das tarefas mais relevantes nesse contexto é a de contribuir para a superação dos resquícios de direito penal do autor em prestígio de um direito penal do fato. Como afirmou o Ministro Luís Roberto Barroso, *“o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, ‘personalidades’, ‘meios’ ou ‘modos de vida’, e sim crimes, isto é, condutas significativamente perigosas ou lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um direito penal do autor, e não do fato”*¹⁶¹². O direito penal do autor é aquele que considera legítimo submeter o criminoso à pena em razão da sua personalidade anormal e perigosa, enquanto o direito penal do fato estabelece que o criminoso se submete à pena não porque seja um ser anormal e perigoso por natureza, senão porque, independentemente da sua personalidade, cometeu uma conduta punível.

Um sistema penal que busque se afastar da lógica do direito penal do autor deve impedir que características pessoais do autor que não tenham expressão na culpabilidade revelada pelo fato sejam levadas em consideração para majorar sua pena. Esse tipo de raciocínio não é estranho à experiência comparada. O Tribunal Constitucional da Alemanha, por exemplo, em sentença proferida em 1979, considerou que a adequação do dispositivo legal que estabelece uma causa geral de agravamento da pena com base na reincidência à Constituição afasta a sua aplicação nos casos em que a reincidência não implique uma presunção de maior culpabilidade do réu, de modo que o juiz deve verificar, caso a caso, se é possível reprovar mais intensamente a conduta do reincidente que não tenha considerado como advertências as condenações

¹⁶¹¹ STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

¹⁶¹² STF, HC 123108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015.

anteriores¹⁶¹³. Alguns anos depois, em 1986, a causa de agravação da pena pela reincidência foi revogada no Código Penal alemão¹⁶¹⁴.

De fato, as características pessoais do acusado que não tenham ganhado expressão concreta no fato punível não devem assumir qualquer relevância para a dosagem da pena, sob pena de se promover típico direito penal do autor. Nesse sentido, levar a sério a ideia de um direito penal do fato exige limitar a pena ao grau de culpabilidade expressado pela conduta punível praticada. A partir desse limite, as condições pessoais do autor do delito só podem ser consideradas para reduzir a pena, à luz de considerações de ordem utilitaristas, que podem recomendar a cominação judicial de pena inferior ao grau de culpabilidade. A proposta de interpretação do art. 59 do Código Penal conforme a Constituição defendida por Juarez Tavares atende a essa exigência de consolidação de um direito penal do fato no campo da dosimetria da pena:

Resumindo, pode-se dizer que o conceito de culpabilidade, como elemento da definição do delito e como critério de individualização da pena, não comporta uma separação radical, mas apenas momentos de determinação funcional. Em um primeiro momento, como elemento do delito, a culpabilidade deve servir de fator negativo do reconhecimento da capacidade de motivação e, *a contrario sensu*, caso não possa ser negada, como reconhecimento de sua completude. Em um segundo momento, como critério de individualização, a culpabilidade deve ser concretizada em termos quantitativos, conforme as características do injusto penal que lhe corresponde. Como a quantificação da culpabilidade não pode ser desproporcional aos elementos que determinam a gravidade do injusto, todos os fatores de prevenção geral e especial, tais aqueles referidos no art. 59 do Código Penal, como os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e consequências do delito e o comportamento da vítima, só podem ser empregados em benefício do autor. Igualmente, as agravantes obrigatórias não podem ultrapassar nem se situar em desproporção para com o grau de culpabilidade. Uma vez que a personalidade está vinculada ao grau de autonomia do sujeito, sua apreciação deve ficar subordinada aos limites impostos à culpabilidade, e sua deficiência ou distúrbio só deve conduzir à atenuação da pena.¹⁶¹⁵

¹⁶¹³ A jurisprudência alemã realizou verdadeira interpretação conforme à Constituição do instituto da reincidência. A sentença alemã é referida pela Corte Constitucional da Colômbia na Sentencia C-181/2016. Esse entendimento não é necessariamente contrário à jurisprudência do STF que reconheceu a constitucionalidade da reincidência como agravante da pena (RE 453.000/RS)” (HC 93815, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 04.04.2013).

¹⁶¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 186.

¹⁶¹⁵ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs). *Cem anos de reprovção*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Embora seja necessário conferir interpretação conforme ao art. 59 do Código Penal para uniformizar parâmetros de aplicação da pena compatíveis com a ideia de direito penal do fato ou da culpabilidade, parte considerável das deficiências de que padece o modelo de individualização judicial da pena tem sido contornada pelo esforço da jurisprudência do STJ e do STF para reduzir o subjetivismo e a arbitrariedade que caracterizam a sistemática utilização de características pessoais dos réus como fundamentos para intensificar a punição criminal¹⁶¹⁶. Mesmo sem afirmar a inconstitucionalidade da utilização de características pessoais desvinculadas do fato praticado para elevar a pena, o STJ tem esvaziado a possibilidade de majoração da pena com base na avaliação da personalidade ou da conduta social pelo caminho da afirmação de um ônus argumentativo mais rigoroso para o juiz considerar tais circunstâncias desfavoráveis ao réu¹⁶¹⁷. Nesse sentido, o aumento do rigor no controle da fundamentação da dosimetria das sentenças criminais tem potencial para amenizar as dificuldades resultantes da falta de uma diretriz interpretativa clara do STF a propósito do modo como o art. 59 do Código Penal deve ser entendido à luz da Constituição.

Além dos problemas estruturais que cercam a dosimetria judicial da pena, há também dificuldades no campo da fixação do regime prisional. O Código Penal estabeleceu patamares mínimos de pena a partir dos quais o regime mais gravoso deve ser obrigatoriamente aplicado, ao invés de um sistema que previsse a cominação obrigatória de regime mais favorável quando a pena não superasse certa quantidade de pena. O modelo ideal seria, em verdade, aquele que impusesse a aplicação obrigatória de regimes mais brandos e de penas restritivas de direito em certas circunstâncias e facultasse a aplicação de regimes mais rigorosos e da própria pena de prisão a partir da verificação da necessidade dessas medidas mais gravosas à luz de caso concreto pelo juiz. O excesso de rigidez da lei penal brasileira, nesse ponto, pode produzir

¹⁶¹⁶ “A simples afirmação de que a personalidade é desvirtuada, conforme a jurisprudência desta Corte, não justifica a valoração negativa dessa circunstância judicial para fixação da pena-base. O mesmo se diga em relação à conduta social, cuja simples menção à reprovabilidade não serve de substrato justificante para considerá-la negativa” (STJ, HC 203.434, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 20.06.2017).

¹⁶¹⁷ “Não foram mencionados elementos concretos e idôneos dos autos que, efetivamente, evidenciassem especial agressividade e/ou perversidade do agente, ou mesmo menor sensibilidade ético-moral, de modo que não há como manter a conclusão pela desfavorabilidade da personalidade. Não havendo sido mencionado nenhum fundamento concreto que, de fato, demonstrasse a inadequação do comportamento dos pacientes no interior do grupo social a que pertencem (família, vizinhança, trabalho, escola etc.), deve ser afastada a análise desfavorável da conduta social dos agentes” (STJ, HC 212.016/GO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 23.02.2016); “É ilegal a exasperação da pena-base na parte em que o julgador considerou, de forma desmotivada, a “personalidade desvirtuada e voltada ao crime” do paciente e sua “conduta social reprovável”, sem indicar nenhum elemento concreto dos autos que justificasse tal conclusão” (STJ, HC 268.147, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 07.04.2015).

resultados desproporcionais nas mais diversas situações concretas. Daí a necessidade de controlar a constitucionalidade dessas regras caracterizadas pela absoluta rigidez no campo penal. O exemplo da fixação obrigatória de regime mais gravoso para reincidentes – associado à proibição de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos – é particularmente relevante.

Esse controle jurisdicional da constitucionalidade das leis em razão do excesso de rigidez não é novo no direito comparado. A Itália desenvolveu importante arsenal metodológico para controlar a inconstitucionalidade decorrente do excesso de rigidez normativa. A imposição de regras uniformes para situações jurídicas extremamente diversas pode conduzir à afirmação da inconstitucionalidade da disposição legal. Daí ter surgido na jurisprudência constitucional italiana a sentença aditiva de princípio por *déficit de flexibilidade*¹⁶¹⁸. A partir desse instrumental, a Corte constitucional italiana passou, por exemplo, a transformar presunções absolutas em relativas e a incorporar exceções inexistentes na disciplina legal. No campo penal, é farta a jurisprudência italiana no sentido da imposição, por via de decisões aditivas de princípio, de exceções a regras penais desprovidas de flexibilidade¹⁶¹⁹. A falta de flexibilidade legislativa no campo da fixação do regime prisional já foi, inclusive, reconhecida pelo STF, a partir do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, nos casos de reiteração da prática de condutas pouco relevantes penalmente:

Assim sendo, a opção de mandar essas pessoas para o cárcere deve ser encarada decididamente como a última e radical alternativa num sistema já superlotado e altamente degradante. Dessa forma, proponho que eventual sanção privativa de liberdade aplicável ao furto de coisa de valor insignificante seja fixada em regime inicial *aberto domiciliar*, afastando-se para os reincidentes a aplicação do art. 33, § 2º, c, do CP, que, na hipótese, deve ser interpretado conforme a Constituição. Sua incidência fica paralisada no caso concreto, por produzir resultado incompatível com o texto constitucional.

[...]

Proponho ainda que a referida pena privativa de liberdade seja, como regra, substituída por pena restritiva de direitos, afastando-se as condicionantes previstas no art. 44, II, III e § 3º do CP, que devem ser interpretadas à luz da Constituição, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. As sanções restritivas de direitos têm um caráter ressocializador muito mais evidente em comparação com as penas privativas de liberdade, especialmente em casos abrangíveis pelo princípio da insignificância. Assim, somente em caso de descumprimento da pena restritiva deve

¹⁶¹⁸ Cf. PANZERA, Claudio. *Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 167-168.

¹⁶¹⁹ Por todas, vale citar, da Corte Constitucional da Itália: (i) sentença 350, de 2003 (concedendo o direito à prisão domiciliar para o pai ou a mãe de sujeito deficiente físico); (ii) sentença 255, de 2006 (recusando a suspensão condicional da pena quando inadequada à sua função reeducativa).

haver a reconversão para sanção privativa de liberdade, em regime *aberto domiciliar*. E apenas na hipótese de descumprimento das condições impostas ao condenado em prisão domiciliar é que será possível a regressão para o regime semiaberto.¹⁶²⁰

A própria lei penal conta com uma cláusula de abertura voltada a reduzir o grau de rigidez das regras de imposição obrigatória de pena de prisão aos condenados reincidentes: “[s]e o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime” (§ 3º do art. 44 do Código Penal). Tal cláusula de exceção indica um caminho a ser trilhado, já que estabelece que a negação ao direito de ter a pena substituída por restritiva de direitos está vinculada à demonstração de que a pena de prisão é “socialmente recomendável”¹⁶²¹. Razões de corte utilitarista podem conduzir, portanto, à fixação de regime prisional mais brando do que aquele estabelecido, de forma rígida, pela lei penal, bem como autorizar a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos nos casos em que a gravidade concreta da conduta não recomende o necessário encarceramento do réu reincidente como condição para a realização dos fins preventivos da pena¹⁶²².

Esses avanços da jurisprudência nos setores da dosimetria da pena e da fixação do regime prisional – com impactos sobre a possibilidade de substituição da pena de prisão por

¹⁶²⁰ STF, HC 123108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015.

¹⁶²¹ O projeto de reforma do Código Penal em debate no Congresso Nacional pretende caminhar nesse sentido, estabelecendo que “o réu não for reincidente em crime doloso, salvo se a medida for suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Pretende-se excluir o óbice à substituição da pena nos casos de reincidência específica e esclarecer que a não substituição só será permitida quando a pena restritiva se mostrar insuficiente. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/comissoes/documentos/SSCEPI/REFORMA%20PARTE%20GERAL%20_arts%20%2032%20a%2068_.pdf>. Acesso em: 02.01.2019.

¹⁶²² Nesse sentido, a proposta de interpretação conforme da agravante da reincidência formulada por Ingo Sarlet: “a despeito da habilidade do argumento, não nos parece seja necessário declarar a inconstitucionalidade da agravante da reincidência por ser inviável (em virtude da expressão sempre contida no artigo 61, inciso I, do Código Penal, que, de fato, a exemplo do argumento utilizado no caso da vedação da liberdade provisória na hipótese de crime hediondo, ofende frontalmente as exigências da proporcionalidade) uma interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sabe-se que sempre é possível a declaração da inconstitucionalidade até mesmo de uma expressão apenas, de tal sorte que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do termo sempre, o exame do caso concreto permitiria ao aplicador da pena que, mediante uma análise das circunstâncias do caso, aplicasse, ou não, a agravante, especialmente quando se tratar de delitos menos graves, considerando os bens atingidos. Ademais, ainda que aplicada a agravante (embora não sempre) abre-se igualmente a alternativa de não agregar sempre ao reconhecimento da incidência os seus efeitos adicionais, como a impossibilidade da substituição da pena, o agravamento do regime de cumprimento da pena, etc. Mediante esta aplicação diferenciada caso a caso (que, de resto, já foi proposta entre nós), a aferição da proporcionalidade da aplicação da reincidência como agravante e das suas demais conseqüências acabaria por permitir soluções mais afinadas com as exigências da própria proporcionalidade e um equilíbrio entre a sua dupla perspectiva como proibição de excesso e de insuficiência” (SARLET, Ingo Wolfgang, Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 10, 2006, p. 347).

restritiva de direito – podem ser melhor explorados pelos juízes e Tribunais criminais, o que depende, fundamentalmente, da revisão da “cultura do encarceramento” que predomina na magistratura brasileira. Para isso, é necessário investir na conscientização dos juízes quanto às mazelas do sistema prisional e à grave ineficiência da aplicação da pena de prisão em casos de menor gravidade. Como afirmou o Ministro Gilmar Mendes, “[p]ara reduzir a cultura do encarceramento, talvez fosse mais recomendável atuar no campo da formação, conscientizando os magistrados acerca do estado de coisas e de suas consequências. A ENFAM, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados pode ser chamada a protagonizar essa transformação, oferecendo treinamentos que contemplem a situação prisional e as medidas alternativas ao encarceramento”¹⁶²³.

O quadro dramático do sistema prisional brasileiro demonstra a necessidade de aperfeiçoamento do modo pelo qual o Judiciário brasileiro tem dosado as penas, escolhido o regime prisional e decidido sobre a substituição da pena de prisão por restritivas de direito. Nesse sentido, torna-se necessário elevar substancialmente o ônus argumentativo imposto ao juiz nos casos em que a majoração da pena resulte na obrigatória mudança de regime prisional – especialmente na hipótese em que a pena ultrapassa os quatro anos (alterando o regime aberto para o regime semiaberto). Não se pode admitir que o juiz possa transitar entre a escolha de pena inferior à quatro anos – com possibilidade de aplicação do regime aberto e substituição da pena de prisão por restritiva de direito – e outra superior a esse patamar – que impõe a cominação de regime semiaberto obrigatório sem possibilidade de substituição – com a mesma liberdade que teria para escolher a sanção adequada entre a pena mínima e a pena não superior a quatro anos.

A escolha pela pena de prisão em detrimento das penas restritivas de direito deve contar não apenas com adequada fundamentação sob a ótica das circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal), circunstâncias agravantes e eventuais causas de aumento. Quando a pena mínima cominada ao delito for inferior a quatro anos, o juiz deve apresentar especificamente os motivos pelos quais as penas restritivas de direito não são “socialmente recomendáveis” (§ 3º do art. 44 do Código Penal). Isso significa afirmar que a não aplicação da pena restritiva de direito só se justifica quando ela não se mostrar suficiente para prevenir o delito. O ônus da demonstração da insuficiência é do juiz sentenciante. Sempre que o juiz não

¹⁶²³ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

se desincumbir desse ônus, deve-se reconhecer que o réu tem direito subjetivo à substituição da pena de prisão pela pena restritiva de direito.

Além disso, outros dois avanços nesse setor podem contribuir para arrefecer essa indesejável “cultura do encarceramento” que domina a prática judicial no Brasil. *Em primeiro lugar*, a interpretação usualmente conferida pelos juízes ao art. 59 do Código Penal permite a majoração da pena com base em circunstâncias exclusivamente pessoais do condenado, o que resulta na aplicação de pena superior ao limite da culpabilidade pelo fato. Essa grave deficiência do modelo judicial de fixação de penas no Brasil pode ser, em grande medida, superada por uma atuação corretiva da jurisprudência pelo STF. Um pronunciamento tomado em controle concentrado de constitucionalidade que confira interpretação conforme a Constituição ao art. 59 do Código Penal para afirmar que as características pessoais e as motivações internas do réu – que não tenham expressão concreta na culpabilidade revelada pelo fato – só podem ser utilizadas para reduzir a pena já teria grande impacto no sistema de justiça criminal brasileiro e contribuiria de forma relevante para a progressiva superação dos resquícios de direito penal do autor no Brasil.

Em segundo lugar, deve-se reconhecer que a reincidência só pode resultar na aplicação de regime prisional mais gravoso e na negativa de substituição da pena de prisão por restritiva de direito se a reincidência não implicar uma presunção de maior culpabilidade do réu, de modo que o juiz deve verificar, caso a caso, se é possível reprovar mais intensamente a conduta do reincidente que não tenha considerado como advertências as condenações anteriores. Nesse contexto, seria necessário também interpretar conforme a Constituição os arts. 33, § 2º, c¹⁶²⁴ e 44, II, III e § 3º¹⁶²⁵, todos do Código Penal para afirmar que a reincidência só poderá implicar

¹⁶²⁴ CP, art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (...) c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

¹⁶²⁵ CP, art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (...) § 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. § 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer

aplicação de regime prisional mais gravoso e impedir a substituição da pena de prisão por restritiva de direito se essa circunstância impactar concretamente o grau de culpabilidade expressado pelo fato punível praticado¹⁶²⁶.

Apesar da alta relevância dessas propostas de intervenção da jurisdição constitucional nos campos da aplicação da pena, da fixação do regime prisional e da substituição da pena de prisão por restritiva de direito, o objetivo de transformar a pena de prisão em medida de *ultima ratio* será desenvolvida neste trabalho sob uma perspectiva específica e dotada de um caráter mais inovador: o reconhecimento da ideia de *equivalentes funcionais da pena* e do *direito à compensação punitiva* em razão das restrições de direitos suportadas pelo indivíduo em todas as fases do sistema de justiça criminal, desde a investigação até a execução da pena. Atualmente, as violações de direitos fundamentais dos presos brasileiros assumem caráter de penas autônomas, que se somam à pena fixada na sentença e institucionalizam um modelo de aplicação de penas cruéis sem o devido processo legal, em patente restrição desproporcional dos princípios da culpabilidade e do *ne bis in idem*. Esse debate, iniciado no Brasil com o ajuizamento da ADPF 347 e posterior julgamento das medidas cautelares pelo STF, deve ser aprofundado para permitir uma adequada compreensão dos seus fundamentos e das suas potencialidades. É o que se verá a seguir.

9.1 Equivalentes funcionais da pena: as múltiplas restrições de direitos fundamentais sofridas pelo indivíduo no curso da investigação, do processo e da execução penal

A pena criminal possui duas dimensões fundamentais conhecidas como *dimensão comunicativa* e *dimensão aflitiva*. Na *dimensão comunicativa*, a pena constitui uma expressão

o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5º. Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

¹⁶²⁶ Uma sentença do STF como essa se faz ainda mais necessária diante do fato de que o STJ tem interpretado restritivamente o precedente do STF firmado no julgamento do HC 123.108: “A possibilidade de aplicação do regime aberto, conforme HC 123108 julgado pelo do Pleno do STF, cinge-se à hipótese de furto de valor insignificante em que a incidência do princípio da bagatela - embora cogitável e possível em razão do valor do bem subtraído - tenha sido afastada sob o fundamento exclusivo da reincidência. No caso concreto, o art. 33, § 2º, c, do Código Penal - CP é plenamente aplicável, porquanto o bem subtraído não foi considerado de valor irrisório ou insignificante. Diante disso, não identifico flagrante ilegalidade na decisão do Tribunal a quo no sentido de que a fixação do regime aberto não é recomendável no caso em apreço, devendo-se estabelecer o regime semiaberto, em atenção à Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça” (STJ, HC 361.019/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 27/09/2016).

da existência de um injusto culpável atribuível ao autor; já na *dimensão aflitiva*, a pena configura a imposição de sofrimento ao autor do delito. A doutrina costuma assinalar que a imposição de uma carga aflitiva ao réu deve se somar à dimensão comunicativa da condenação para garantir que o direito penal desempenhe função preventiva¹⁶²⁷. O reconhecimento dessa dimensão aflitiva da pena conduz à ampliação do seu sentido, na medida em que torna clara a realidade segundo a qual o indivíduo submetido à persecução penal pode sofrer as consequências de um conjunto amplo de restrições de direitos fundamentais como resposta ao cometimento do delito e que todas elas devem ser devidamente consideradas pelo Estado como aspectos ou dimensões da pena.

De acordo com Silva Sánchez, o Estado deve renunciar à dimensão aflitiva da pena ou minimizar a sua intensidade quando tenha recaído sobre o indivíduo algum equivalente funcional da pena¹⁶²⁸. Esse autor resenhou, sem pretensão de exaurir o tema, os principais equivalentes funcionais da pena¹⁶²⁹. A ideia fundamental desse conceito é a de que há um conjunto de fatos ou circunstâncias que exercem – parcial ou integralmente – certas funções da pena (simbólica/comunicativa ou aflitiva). O Estado deve identificar todas essas situações para garantir que elas sejam consideradas no momento da cominação judicial da pena, seja para reduzi-la seja para afastá-la completamente¹⁶³⁰.

O primeiro grupo de equivalentes funcionais da pena é formado por condutas que configuram algum tipo de *comportamento autopunitivo*. Nesses casos, o autor do delito pode impor a si próprio uma punição ou um sofrimento intenso como forma de demonstrar o reconhecimento de que infringiu a norma e a autoreprovação por essa infração. Além dessa dimensão comunicativa – que se manifesta também pela *confissão* e pela *reparação integral do dano* (em ambos os casos existe uma dimensão expressiva de negação do injusto culpável

¹⁶²⁷ O Professor von Hirsch defendeu a ideia de que a reprovação tem uma dimensão retrospectiva e que a causação do dano ao criminoso carrega uma visão prospectiva do necessário em termos preventivos. V. VON HIRSCH, Andrew. *The Justification for Punishment's Existence: Censure and Prevention*. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew (eds). *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005, p. 13 e ss.

¹⁶²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

¹⁶²⁹ V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

¹⁶³⁰ Para uma síntese das hipóteses em que se podem encontrar esses equivalentes funcionais da pena, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*, v. 47, n. 127, p. 498-501.

cometido por fatos cometidos pelo próprio agente) –, esse comportamento de punição de si mesmo pode apresentar significativa intensidade aflitiva.

O segundo grupo de equivalentes funcionais da pena pode ser encontrado a partir dos *efeitos colaterais negativos do processo criminal*. Alguns deles são fortemente controvertidos na doutrina, como os que resultam dos “julgamentos paralelos” feitos pela mídia nas situações de publicidade opressiva ou nos casos de vingança privada praticados contra o réu (circunstâncias derivadas de condutas pós-delitivas de terceiros). Outros, porém, têm amplo reconhecimento, tais como as violações processuais perpetradas pelos próprios órgãos responsáveis pela persecução criminal (circunstâncias derivadas do comportamento pós-delitivo do sistema judicial). Esses casos costumam estar associados à violação do direito fundamental à duração razoável do processo e também à violações aos direitos de defesa, na perspectiva de que o próprio processo penal pode ser entendido, em si mesmo, como uma pena. Em tais situações, Silva Sánchez afirma que tais restrições de direitos fundamentais costumam não atingir plena equivalência com a pena, mas há boas razões para a sua considerável redução¹⁶³¹.

A dimensão aflitiva da pena também pode ser encontrada indiscutivelmente em situações nas quais o próprio agente sofre graves danos decorrentes da sua conduta imprudente. O clássico exemplo do acidente de carro que resulta na morte de um familiar, ainda que provocado pelo agente, é reconhecido como situação em que tal sofrimento equivale funcionalmente à pena judicial, razão pela qual esta pode ser reduzida ou até mesmo perdoadada. Alguns dos exemplos de equivalentes funcionais da pena, especialmente aqueles que expressam certo conteúdo simbólico ou comunicativo da pena, contam com previsão legal no Brasil, como o perdão judicial¹⁶³² e as hipóteses de amenização da pena pela confissão¹⁶³³ e pela integral recomposição do dano¹⁶³⁴. Em geral, essas circunstâncias que apresentam algum reconhecimento por parte do réu da violação à norma penal costumam resultar apenas na

¹⁶³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

¹⁶³² “Conquanto o texto do § 5º do art. 121 do Código Penal não tenha definido o caráter e a extensão das consequências do crime imprescindíveis à concessão do perdão judicial, não deixa dúvidas quanto à forma grave com que elas devem ter atingido o agente, a ponto de tornar desnecessária e até mesmo exacerbada a aplicação de sanção penal” (STJ, REsp 1444699, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 01.06.2017).

¹⁶³³ “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal” (STJ, HC 467.819/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. em 06.11.2018).

¹⁶³⁴ Essa circunstância – reparação espontânea do dano – está prevista no art. 65, III, “b”, do Código Penal.

redução da pena, já que não revelam integral equivalência com a pena cominada pelo legislador. Não é esse tipo de manifestação desse fenômeno de equivalência funcional com a pena que se quer enfatizar neste capítulo. Apresentam maior relevância as situações que apresentam conteúdo aflitivo ou punitivo em sentido amplo, já que nesses casos existe uma privação ou restrição de direitos que realiza de algum modo a função retributiva da pena. No momento de fixação da pena, o juiz pode, atento à função de prevenção especial que caracteriza a execução da pena, até mesmo prescindir dela, diante da possibilidade de substituir a pena por equivalentes funcionais¹⁶³⁵.

No Brasil, parte importante da petição inicial da ADPF 347 se baseia na noção de que a pena cumprida em condições mais severas do que as determinadas pela lei apresenta um conteúdo punitivo mais intenso, que deve ser levado em consideração pelos juízes para fins de readequação (redução ou extinção) da pena aplicada pela sentença. A premissa fundamental utilizada nessa arguição de descumprimento de preceito fundamental é de que as restrições (ilegítimas) de direitos fundamentais sofridas pelos apenados durante a execução possuem irrecusável dimensão aflitiva, que deve ser considerada como punição para fins de determinação final da pena a ser cumprida. Dos oito pedidos principais deduzidos nessa ADPF, cinco deles constituem manifestações do reconhecimento de que determinadas práticas estatais violadoras dos direitos do apenado possuem dimensão aflitiva equivalente à da pena¹⁶³⁶. O principal deles

¹⁶³⁵ Como exemplos dos equivalentes funcionais da pena Jakobs identifica as medidas de segurança, a suspensão da execução das penas privativas de liberdade, a reparação, ou a denominada *poena naturalis*, entre outros. JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p.14.

¹⁶³⁶ São eles: a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade); d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão (reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade); c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (fruição de benefícios processuais); f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (abrandamento do tempo de prisão).

requer que o STF “reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção”¹⁶³⁷. De acordo com a petição inicial da ADPF 347, a gravidade da punição aplicada deve ser avaliada de acordo com o contexto concreto da sua aplicação, o que impõe reconhecer que a violação de direitos do apenado no curso da execução equivale materialmente à pena criminal:

O sistema prisional brasileiro está em colapso e as penas privativas de liberdade são sistematicamente cumpridas em condições degradantes, como se afirmou tantas vezes nesta peça. Esta é uma realidade que não pode ser ignorada na aplicação das normas penais. [...]

Na hipótese, a consideração da realidade carcerária impõe aos juízes que, na aplicação da pena, deem absoluta preferência às sanções alternativas à prisão. Afinal, por imperativo constitucional cumpre evitar a submissão de pessoas a tratamentos desumanos e degradantes – e é isso que quase sempre ocorre nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Se, no presente cenário, enviar uma pessoa para a prisão é submetê-la muito provavelmente a tratamento que viola a sua dignidade, e não apenas a restrições juridicamente autorizadas à sua liberdade, o Estado não deve fazê-lo, a não ser em casos excepcionais, e sempre pelo mínimo de tempo necessário. Mas não é só. Como se sabe, a lei penal comina em abstrato as penas mínima e máxima para cada infração criminal, partindo de uma premissa implícita: supõe-se que as penas serão cumpridas na forma prescrita pelas normas vigentes. A equação legislativa se assenta em um juízo abstrato de proporcionalidade, no qual se busca uma certa correspondência entre a gravidade da sanção a ser infligida e o desvalor da ação do agente.

Porém, quando se altera radicalmente essa premissa implícita, a equação se desfigura. Em outras palavras, uma pena abstratamente proporcional pode se tornar manifestamente desproporcional quando cumprida em condições muito mais gravosas do que aquelas estabelecidas pelo ordenamento. Certamente é uma sanção muito mais severa, por exemplo, passar cinco anos trancafiado em uma “masmorra medieval” imunda e superlotada, do que cumprir o mesmo tempo de pena privativa de liberdade numa instituição que observe escrupulosamente as regras da Lei de Execução Penal. Esse desajuste precisa ser recalibrado judicialmente, sob pena de ofensa à proporcionalidade da sanção.

Não se trata de desprezar os termos e limites da lei penal. Mas, para que a própria proporção sancionatória vislumbrada pelo legislador seja mantida, o aumento fático da intensidade da pena – isto é, o agravamento das condições reais em que se dá o seu cumprimento, em comparação com o que prevê a legislação – demanda que a respectiva duração seja diminuída, de forma correspondente. A matemática é elementar.¹⁶³⁸

¹⁶³⁷ A petição inicial está disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁶³⁸ A petição inicial está disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

A tese defendida na ADPF 347 no sentido de que as violações aos direitos fundamentais dos apenados devem ser compensadas na pena a ser cumprida contou com o apoio teórico de parecer ofertado por Juarez Tavares¹⁶³⁹, que pretendeu agregar ao momento do dimensionamento da pena o exame das condições concretas do seu cumprimento:

A primeira estratégia corresponde à apartação de dois conceitos de pena: uma “pena ficta” – isto é, tal como cominada abstratamente ou traduzida em concreto pelo Poder Judiciário – e uma “pena real”.

A pena ficta, conforme se pode inferir, possui um valor numérico, o qual reflete, primariamente, um valor abstrato decorrente da avaliação discricionária do Poder Legislativo e, secundariamente, uma medida da intensidade lesiva – na melhor das hipóteses – da conduta realizada.

Em se considerando, no entanto, que a prática penitenciária não pode agregar ao sentenciado um sofrimento maior do que a própria privação de liberdade representa, não se mostra crível, na quadra atual de desmantelo do sistema carcerário brasileiro, considerar que o valor nominal da pena guarda plena correspondência com a realidade. O discurso jurídico-penal, para legitimar-se, deve ser confrontado empiricamente. Assumir, portanto, que a pena aplicada em concreto, ou cominada em abstrato, possui um caráter aflitivo intrínseco *a priori* corresponderia ao reconhecimento implícito de que, com a pena criminal, se lesiona, exclusiva e simplesmente, a liberdade do sentenciado, o que, evidentemente, é uma afirmação falsa. [...]

Assim, vale reconhecer a existência de um outro conceito de punição, isto é, a pena real. Tal conceito deve assimilar realisticamente as condições locais de cumprimento da privação de liberdade, tais quais a superlotação, as deficiências infraestruturais, a escassez de recursos, a falta de pessoal especializado, etc. Esse reconhecimento, pois, implica um necessário redimensionamento do valor nominal da pena, ou seja, uma redução proporcional desse valor, de forma a equiparar a aflição ficta à aflição real. Há precedentes nesse sentido. A Corte Suprema de Israel, por exemplo, já decidiu que uma pessoa condenada por roubo, que teve que ficar em isolamento, em razão de sua condição de transgênero, deveria ter sua pena diminuída em 1/3 do total da condenação, haja vista a rudeza excepcional das condições carcerárias.

Apesar da ideia de reconhecer a presença de equivalentes funcionais da pena ser relativamente inovadora no Brasil – a primeira formulação sistemática dessa tese surgiu no cenário jurídico com o ajuizamento da ADPF 347 –, o direito comparado apresenta bons exemplos da aplicação dessa categoria para redimensionar a pena em razão das diversas restrições de direitos fundamentais a que o réu pode se sujeitar durante o processo e também no curso da execução da pena. O Tribunal Supremo da Espanha reconheceu, no ano de 1993, que *“tendo em conta que a pena constitui, exteriormente considerada, uma perda de direitos fundamentais, a doutrina mais moderna tem considerado que as lesões de direitos*

¹⁶³⁹ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Parecer jurídico. *A Situação Carcerária no Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

fundamentais que resultam de um desenvolvimento irregular do processo devem ser abonadas na pena pois têm também um efeito compensador de parte da culpabilidade pelo fato em razão da perda de direitos”¹⁶⁴⁰. Esse mesmo efeito compensador passou a ser compreendido de forma mais ampla para afirmar que se devem computar na pena “*os males injustificados que o acusado tenha sofrido em razão de um processo irregular*”, uma vez que o autor não pode “*receber pelo delito uma perda de direitos maior ao equivalente à gravidade de sua culpabilidade*”¹⁶⁴¹. Dito de outra forma, o Tribunal Supremo da Espanha afirmou que “*a privação de bens e direitos que a pena produz não deve ser de superior gravidade que a gravidade da lesão jurídica causada pelo autor*”¹⁶⁴².

O efeito compensador incidente sobre a pena deriva, em um primeiro plano, das situações que conduzem a um reconhecimento expresso da vigência na norma ofendida, tal como ocorre nos casos de confissão e reparação do dano. Para o Tribunal Supremo da Espanha, nesses casos, seria possível falar em uma *compensação construtiva* da culpabilidade porque se trata de um ato do próprio autor no sentido da afirmação dos valores da ordem jurídica. Mas o sistema legal também reconhece um tipo de *compensação destrutiva* da culpabilidade, que decorre de atos posteriores que adiantam ou produzem uma perda de direitos como consequência do delito e do processo que a que este dá lugar. Essa *compensação destrutiva* é prevista expressamente pela lei quando permite o abono no tempo de cumprimento da pena do tempo de prisão preventiva (art. 58 do Código Penal espanhol) e também quando admite a compensação da pena em razão da perda de direitos sofrida por medidas cautelares de natureza diferente da pena imposta (art. 59 do Código Penal espanhol). Desse modo, o legislador espanhol reconheceu que a equivalência entre a pena aplicada e a gravidade do delito deve ser observada inclusive no caso em que, como consequência do delito, o Estado tenha privado de forma legítima o autor do mesmo de direitos antecipadamente. Nesse sentido, o Tribunal Supremo da Espanha afirmou que: “[d]ado que a pena é por si mesma uma redução do status do autor em relação aos seus direitos fundamentais, é evidente que toda privação de direitos sofrida legitimamente durante o processo constitui um adiantamento da pena que não pode operar contra o acusado”, de modo que “[s]e se negasse esta compensação da perda de direitos se vulneraria o princípio da culpabilidade, pois se desconheceria que o autor do delito já

¹⁶⁴⁰ Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

¹⁶⁴¹ Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

¹⁶⁴² Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

extinguiu uma parte da sua culpabilidade com dita perda de direitos e que isso deve ser compensado na pena imposta".¹⁶⁴³ O Tribunal Supremo da Espanha também reconheceu que *"se a lei compensa as perdas legitimamente ocasionadas pelo Estado no curso do processo penal, é também evidente que, com maior razão, deve proceder da mesma maneira quando a lesão jurídica não está justificada"*¹⁶⁴⁴.

Enquanto isso, no Brasil, o sistema de compensação punitiva por restrições (legítimas e ilegítimas) de direitos fundamentais sofridas pelo indivíduo seja no curso da investigação e do processo seja na fase de execução da pena é extremamente deficitária. Os problemas vão desde a falta de regra explícita que permita a compensação na pena final das restrições impostas ao réu pelo juiz como medidas cautelares até a completa ausência de parâmetros para compensação de restrições de direitos resultantes da violação da lei pelo Estado. O subdesenvolvimento teórico da categoria dos equivalentes funcionais da pena reduz as chances de reconhecimento de que o caráter aflitivo da pena pode ser exercido concretamente por meio de outras medidas (decorrentes da correta aplicação da lei pelo juiz ou do descumprimento dela pelo juiz ou pela administração carcerária). Contudo, a noção de pena justa exige que o juiz considere todas as restrições e violações de direitos sofridas pelo indivíduo como resposta ao cometimento do delito.

Como visto, a ideia de equivalentes funcionais da pena conduz à necessidade de considerar todas as formas de restrição dos direitos fundamentais do autor do delito tanto no momento da fixação da pena na sentença condenatória como no seu eventual redimensionamento na fase executória. Entre todas as situações que podem revelar conteúdo punitivo – e que, portanto, devem impactar o processo de individualização da pena –, a ADPF 347 centra esforços em um grupo específico de equivalentes funcionais: aqueles que resultam da violação de direitos fundamentais imputadas diretamente ao Estado na fase da execução da pena. Não há maiores dificuldades teóricas em reconhecer a necessidade de compensação na pena a ser cumprida das restrições ilegítimas de direitos fundamentais impostas pelo próprio Estado. A elevada carga punitiva presente na submissão do apenado a condições ilegais de execução da pena é associada ao fato de que é o aparato estatal que responde diretamente por

¹⁶⁴³ Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

¹⁶⁴⁴ Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

tais ilegalidades. Não há nenhuma razão teórica ou pragmática para recusar o reconhecimento de que esse *plus* de afluência deve ser compreendido como pena.

De fato, a execução da sanção penal implica uma forte afetação dos direitos fundamentais dos condenados, já que a pena imposta gera a restrição ou a suspensão de direitos como a liberdade física e a livre locomoção. Contudo, como tem reconhecido a Corte Constitucional da Colômbia, o cumprimento da pena de prisão deixa intactos outros direitos que devem ser respeitados e garantidos pelas autoridades públicas. A jurisprudência colombiana tem classificado os direitos dos presos em três grupos¹⁶⁴⁵. O primeiro compreende os *direitos suspensos* como consequência lógica e direta da pena imposta, entre os quais a livre locomoção e os direitos políticos. O segundo grupo abrange os *direitos restringidos* ou *limitados* em razão da situação de sujeição dos internos em relação ao Estado – *e.g.*, os direitos à intimidade pessoal e familiar, de reunião, de associação, ao livre desenvolvimento da personalidade, à liberdade de expressão, ao trabalho e à educação –, tudo em ordem a contribuir para o processo de ressocialização dos condenados, de garantia da disciplina, da segurança e da salubridade dos cárceres. Por fim, o terceiro grupo engloba os *direitos intocáveis* ou *intangíveis*, conformados pelos direitos fundamentais da pessoa privada da liberdade que permanecem intactos, porque encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana e não podem ser limitados ou suspensos, dos quais são exemplos os direitos à vida, à integridade pessoal, à dignidade, à igualdade, à saúde, à petição e ao devido processo legal¹⁶⁴⁶.

Nesse sentido, a Corte possui firme orientação no sentido de que a especial situação de sujeição entre os internos e o Estado gera fortes tensões sobre seus direitos, pois a prisão implica a suspensão ou a restrição de alguns de seus direitos, mas aquelas garantias constitucionais inerentes à dignidade do ser humano permanecem intactas e o Estado está obrigado respeitá-las e garanti-las¹⁶⁴⁷. As únicas restrições de direitos fundamentais autorizadas pela Constituição são aquelas que decorrem direta ou indiretamente da especial sujeição do apenado decorrente do cerceamento da sua liberdade de locomoção. Os direitos passíveis de restrição em função do cumprimento da pena – que resultam da necessidade de o Estado garantir as condições de cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais – só devem ser limitados na exata medida

¹⁶⁴⁵ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-328/2016.

¹⁶⁴⁶ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-328/2016.

¹⁶⁴⁷ Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-328/2016.

do necessário para a realização das finalidades legais, *e.g.*, para a garantia da segurança dos detentos, dos visitantes e dos agentes estatais. Para além disso, todos aqueles direitos que podem ser reconduzidos à dignidade humana devem ser garantidos em sua integralidade. As violações a esses direitos não poderiam ser admitidas em nenhuma situação.

É inaceitável que o Estado brasileiro tenha institucionalizado, com o consentimento do Supremo Tribunal Federal, que a pena de prisão pode ser cumprida em condições indignas. Uma vez verificadas tais violações, porém, é preciso que sejam obrigatoriamente consideradas como equivalentes funcionais da pena, na perspectiva do reconhecimento de situação de *compensação destrutiva* da culpabilidade, para usar a linguagem da jurisprudência espanhola. O mecanismo jurídico por meio do qual se pode promover compensações na pena é a detração penal. No Brasil, a incorporação da ideia de equivalentes funcionais da pena – especialmente nessa dimensão da *compensação destrutiva* da culpabilidade (por restrições de direitos fundamentais impostas legítima ou ilegítimamente pelo Estado) – resultará na releitura constitucional da detração penal, para permitir que todas essas restrições de direitos sejam devidamente consideradas pelo juiz, seja na fixação da pena em sentença, seja no seu redimensionamento durante a execução.

9.2 O regime de compensação legal na pena criminal e o instituto da detração

De acordo com o conhecimento convencional sobre o tema, “*a detração significa o desconto na pena final aplicada do tempo em que o réu ficou preso cautelarmente*”¹⁶⁴⁸. O instituto, disciplinado no Brasil de maneira incompleta, prevê que “*computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior [internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico]*” (art. 42 do Código Penal). A definição legal da detração está, em princípio, vinculada ao recolhimento do investigado/acusado ao cárcere durante o processo: somente aquele que foi preso cautelarmente tem direito à compensação do período na pena definitiva.

¹⁶⁴⁸ MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 422.

A multiplicidade de restrições de direitos fundamentais a que o indivíduo pode se sujeitar no curso da investigação, do processo criminal e também da execução criminal tem incitado o debate sobre o alcance da detração no direito processual penal brasileiro¹⁶⁴⁹. A maior parte do debate se concentra sobre o problema da falta de previsão legal da detração nas hipóteses de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, que tem progressivamente deixado de ser vista como um *silêncio eloquente* para ser encarada como uma *lacuna normativa* ou uma *omissão legislativa*. Nesse contexto, é necessário promover uma releitura constitucional do instituto da detração, de modo que ela alcance “*qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer*”¹⁶⁵⁰.

O amplo reconhecimento no direito comparado de que as restrições a direitos fundamentais sofridas no curso do processo devem ser detraídas da pena definitiva faz com que o debate sobre o tema entre numa fase crucial no Brasil. Os primeiros precedentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o direito à detração dos períodos de prisão domiciliar¹⁶⁵¹ e de recolhimento noturno¹⁶⁵² indicam um caminho a ser trilhado. Essas decisões são os primeiros sinais de que os Tribunais brasileiros estão dispostos a recepcionar a ideia de equivalentes funcionais da pena. O início dessa virtuosa filtragem constitucional do instituto da detração penal – que teve início com o reconhecimento da carga punitiva contida em medidas cautelares alternativas à prisão – deve culminar com a afirmação de um direito geral à compensação punitiva por todas as restrições de direitos fundamentais do indivíduo desde a investigação criminal até a extinção da pena pelo seu integral cumprimento. Na sequência, são explicitadas as premissas teóricas que fundamentam a necessidade de (i) ampliar o suporte fático da detração penal para abranger não apenas as medidas cautelares alternativas à prisão (restrições legítimas) como também as múltiplas violações aos direitos fundamentais dos apenados (restrições ilegítimas), e (ii) criar parâmetros para operacionalizar esse tipo de compensação na pena definitiva.

¹⁶⁴⁹ V., por todos, QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 491; e BARROS, Flaviane de Magalhães. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 220.

¹⁶⁵⁰ V., por todos, BOTTINI, Pierpaolo. Mais Reflexões sobre a Lei 12.403/11. *Boletim IBCCrim*, ano 19, n. 223, jun. 2011, p. 13.

¹⁶⁵¹ V. STJ, HC 3.109, Rel. Min. Adhemar Maciel, Red. p/ acórdão Min. Vicente Leal, Sexta Turma, j. em 28.03.1995; STJ, HC 11.225, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, j. em 06.04.2000; STJ, HC 459377, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 04.09.2018.

¹⁶⁵² V. STJ, HC 380.369, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 27.09.2017.

9.2.1 A detração no direito brasileiro: uma perspectiva histórica

O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 não tratava expressamente da possibilidade de o juiz promover a detração, na pena cominada ao réu, do tempo de prisão provisória cumprido antes da condenação¹⁶⁵³. A ausência de previsão legal quanto à possibilidade de o magistrado descontar da pena a ser executada o tempo de prisão preventiva cumprido era visto como causa de injustiça nos casos de prolongamento indevido da prisão cautelar. Isso porque o réu que houvesse permanecido preso cautelarmente por tempo excessivo durante o processo recebia, ao final da instrução, a mesma pena cominada a outro acusado que tivesse sido condenado pela prática de crime idêntico, embora estivesse foragido. Assim, para corrigir situações de desigualdade, defendia-se a aplicação da solução engendrada pelo art. 104 do Código Criminal da Baviera, que previa a detração penal integral nos casos de prisão preventiva prolongada¹⁶⁵⁴.

O argumento empregado por Thomaz Alves Junior para justificar a adoção da solução criada pelo legislador da Baviera era o de que a prisão cautelar também causava sofrimento ao réu, motivo pelo qual deveria ser considerada como tempo de pena efetivamente cumprido¹⁶⁵⁵. Nessa mesma linha, Galdino Siqueira defendia que o mal causado ao réu em razão da custódia cautelar deveria ser compensado por meio da incidência do princípio da computação do tempo da prisão preventiva na execução da pena¹⁶⁵⁶. No entanto, como destacou João Mendes Júnior, na prática, eram raros os juízes que, a despeito da omissão do legislador, promoviam a computação do tempo de prisão provisória na pena privativa de liberdade cominada ao réu¹⁶⁵⁷. A prevalência de uma mentalidade legalista entre os juristas à época fazia com que a falta de

¹⁶⁵³ Para uma perspectiva história do instituto da detração penal, v. GRASSI, Roberto Joacir. Da detração nas sanções penais. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, São Paulo, n. 25, p. 29-46, jul./set. 1973. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=21852>. Acesso em: 12 nov. 2018; e LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Área. *Detração penal até o Código Criminal do Império (1830)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11661-11661-1-PB.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

¹⁶⁵⁴ Art. 104. Quando a detenção preventiva se prolongar além de seis meses, sem falta do indiciado, a duração da pena incorrida será abreviada em proporção da detenção sofrida: se resultar dessa abreviação que a medida da pena legalmente incorrida for completamente esgotada, a detenção assim sofrida equivale à própria pena.

¹⁶⁵⁵ V. ALVES JÚNIOR, Thomaz. *Anotações Theoricas e Práticas do Código Criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1864, p. 484-489.

¹⁶⁵⁶ V. SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, v. I. Rio de Janeiro: Jacinto, 1921, p. 667.

¹⁶⁵⁷ V. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Processo Criminal Brasileiro*, v. I. São Paulo: Editora Laemmert, 1901, p. 376.

previsão legal expressa fosse vista, em geral, como impedimento à compensação do período de prisão cautelar na pena definitiva¹⁶⁵⁸.

O primeiro avanço legislativo nesse campo foi obtido com a aprovação da Lei 1.696, de 15 de setembro de 1869, que passou a computar, para fins de detração na hipótese de condenação à prisão com trabalho, o tempo de prisão preventiva cumprida entre a sentença de primeiro grau e o julgamento da apelação, reduzido, porém, de um sexto. Essa redução apenas não se operava na hipótese de o condenado desde logo preferir o cumprimento da pena de prisão com trabalho, a despeito da pendência do recurso de apelação¹⁶⁵⁹. Tratava-se, portanto, de um “*sistema de cômputo, obrigatório e predominantemente parcial, limitado ao período compreendido entre a sentença condenatória e seu trânsito em julgado*”¹⁶⁶⁰.

A detração obrigatória e integral só foi incorporada ao direito positivo brasileiro durante o Governo provisório da República, com a aprovação do Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, que estabeleceu: “*a prisão preventiva será computada na execução da pena, sendo posto em liberdade o réu que, contado o tempo da mesma prisão, houver completado o da condenação*” (art. 3º). O sistema de detração penal obrigatória e integral do período de prisão cautelar foi posteriormente reproduzido em diversos diplomas legais, a exemplo do art. 60 do Código Penal Republicado no 1890¹⁶⁶¹, do art. 60 da Consolidação das Leis Penais de 1932¹⁶⁶² e do Código Penal de 1940, tanto na sua redação original (art. 34)¹⁶⁶³ como em sua atual

¹⁶⁵⁸ A parca aplicação do instituto da detração – àquela altura chamado de computação – resulta de um contexto de prevalência de uma mentalidade legalista entre os juristas brasileiros, fortemente influenciada pela Escola da Exegese francesa. A função dos juízes era a de buscar esclarecer o sentido correto da lei positivada, e não a de criar normas jurídicas ou interferir no sentido das regras existentes, restando-lhe apenas extrair das leis existentes as consequências logicamente adequadas. Defendia-se, portanto, que a atividade do juiz não era criativa, mas meramente descritiva. A falta de previsão expressa na lei quanto à exigência de computar o tempo de prisão preventiva da pena definitiva constituía obstáculo insuperável à detração para a maioria dos juízes.

¹⁶⁵⁹ Art. 7º. O réu preso, que fôr condemnado á pena de prisão com trabalho, não será obrigado a este, pendente a appellação. Confirmada, porém, a sentença, será levado em conta no cumprimento da pena o tempo de prisão simples que o réu tiver soffrido desde a sentença da 1ª instancia, descontada a sexta parte. O disposto neste artigo não terá lugar se o réu preferir o cumprimento da pena de prisão com trabalho, não obstante a appellação.

¹⁶⁶⁰ LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Área. *Detração penal até o Código Criminal do Império (1830)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11661-11661-1-PB.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

¹⁶⁶¹ Art. 60. Não se considera pena suspensão, a administrativa nem a prisão preventiva dos indiciados, a qual, todavia, será computada na pena legal.

¹⁶⁶² Art. 60. Não se considera pena a suspensão administrativa nem a prisão preventiva dos indiciados, a qual, todavia, será computada na pena legal.

¹⁶⁶³ Art. 34. Computam-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio.

configuração (art. 42)¹⁶⁶⁴, após a reforma de sua Parte Geral em 1984. Atualmente, a detração penal obrigatória e integral está prevista nos arts. 42 do Código Penal, 672¹⁶⁶⁵ e 680¹⁶⁶⁶ do Código de Processo Penal e 111 da Lei de Exceções Penais¹⁶⁶⁷.

9.2.2 Da detração da prisão preventiva à detração das medidas cautelares alternativas à prisão: primeiros avanços no sentido do reconhecimento de equivalentes funcionais da pena

O regime legal da detração atualmente vigente no Brasil remonta à década 40, tendo recebido ligeiras modificações na década de 80. Até muito recentemente, o Código de Processo Penal não previa a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. No regime processual anterior à reforma do Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, competia ao juiz escolher entre a prisão preventiva do investigado/acusado e a sua liberdade plena – ou quase plena no caso da fixação de fiança. A medida cautelar típica do processo penal era a prisão preventiva. A fiança funcionava como simples contracautela prestada pelo preso em flagrante para viabilizar o gozo da liberdade provisória durante o processo. Em síntese, o juiz poderia, ao receber o auto de prisão em flagrante, escolher entre (i) converter o flagrante em prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória ao autuado¹⁶⁶⁸ ou (ii) decretar a prisão preventiva do investigado/acusado, nas situações de risco à instrução, à aplicação da lei penal

¹⁶⁶⁴ Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

¹⁶⁶⁵ Art. 672. Computar-se-á na pena privativa da liberdade o tempo: I - de prisão preventiva no Brasil ou no estrangeiro; II - de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro; III - de internação em hospital ou manicômio.

¹⁶⁶⁶ Art. 680. Computar-se-á no tempo da pena o período em que o condenado, por sentença irrecorrível, permanecer preso em estabelecimento diverso do destinado ao cumprimento dela.

¹⁶⁶⁷ Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

¹⁶⁶⁸ A propósito, Rogério Schietti Cruz afirma que a liberdade provisória “era considerada uma medida de contracautela, que traduzia uma situação intermediária entre a liberdade total, em qualquer vínculo, e a prisão cautelar” e, portanto, que não poderia ser utilizada como uma medida substitutiva da prisão preventiva. O autor esclarece que “a liberdade provisória, no sistema então vigente, não substituiu a prisão preventiva (ou mesmo a temporária), medidas inconciliáveis entre si”. Diferentemente, a liberdade provisória atualmente figura como uma alternativa à cautela preventiva do investigado/acusado. Cf. SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2018, p. 175.

ou à ordem pública e econômica. Tratava-se, portanto, de um modelo binário que facultava ao juiz escolher entre “soluções antípodas”¹⁶⁶⁹: a liberdade provisória ou a prisão preventiva¹⁶⁷⁰.

Desse modo, o regime legal da detração foi criado pelo art. 42 do Código Penal quando só existiam essas duas opções: prisão preventiva ou liberdade provisória¹⁶⁷¹⁻¹⁶⁷². Como não existiam medidas cautelares intermediárias – alternativas à prisão preventiva –, o legislador não poderia sequer cogitar do direito à detração nessas hipóteses. A detração foi, portanto, concebida sob a vigência de um sistema processual que contava com a prisão preventiva como única medida cautelar penal pessoal típica.

O antigo regime jurídico das medidas cautelares penais padecia de grave incompletude. Em situações de menor *risco processual* – seja à instrução processual seja à aplicação da lei penal – ou de *risco material* menos relevante à ordem pública, a decretação da prisão preventiva ofendia o princípio da proporcionalidade na vertente da *proibição do excesso*¹⁶⁷³. A elevada intensidade da restrição aos direitos fundamentais do investigado/acusado não era compensada por uma realização em grau equivalente da finalidade de proteção do processo ou da sociedade perseguida pela prisão cautelar¹⁶⁷⁴. Nessa perspectiva, o regime jurídico das cautelares penais abria espaço para a decretação da prisão preventiva em franca violação ao princípio da

¹⁶⁶⁹ A expressão é de Rogério Schietti. V. SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 4. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2018, p. 174.

¹⁶⁷⁰ V. LOPES JUNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCrim*, n. 223, p. 5, jun. 2011.

¹⁶⁷¹ V. BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan (coords). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27. Para o autor, “essa bipolaridade conduziu à banalização da prisão cautelar”.

¹⁶⁷² Nos termos do art. 42 do CP, “[c]omputam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior” [internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico].

¹⁶⁷³ No Brasil, essa compreensão foi assim resumida pelo Ministro Celso de Mello: “[o] exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. - O princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do ‘due process of law’” (STF, HC 99832, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 17.11.2009).

¹⁶⁷⁴ A ofensa ao princípio da proporcionalidade decorria da circunstância de que a não realização dos direitos fundamentais do indivíduo não se justificava pela realização de um outro princípio com maior relevância diante das circunstâncias (fáticas e jurídicas) do caso concreto. Nessas hipóteses, violava-se o enunciado da proporcionalidade conhecido como lei do sopesamento: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167).

proporcionalidade nas dimensões da *necessidade* – pela existência (hipotética) de medidas alternativas igualmente eficazes e menos onerosas – e da *proporcionalidade em sentido estrito* – em razão da restrição à liberdade de locomoção para além daquilo que a realização do objetivo perseguido seria capaz de justificar¹⁶⁷⁵.

Em outros casos, a simples concessão da liberdade provisória, ainda que com fiança, poderia violar a proporcionalidade na dimensão da *proteção insuficiente*¹⁶⁷⁶. Isso porque a fiança constitui medida cautelar branda, que produz vinculação tênue do réu ao processo¹⁶⁷⁷, e, por isso, se mostrava insuficiente para tutelar adequadamente os interesses processuais protegidos pela prisão preventiva. O propósito de “*assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial*” (art. 319, VIII, CPP) não era suficientemente garantido, em certas circunstâncias, pela fiança. A ideia de que o depósito de certa quantia de dinheiro obstaría a fuga do acusado sempre foi vista com desconfiança, sendo considerada até mesmo ingênua¹⁶⁷⁸. A falta de previsão legal de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, mas dotadas de maior eficácia, criava, assim, um quadro de proteção deficiente do interesse público em garantir a higidez e legitimidade do processo penal. Isso porque sempre se entendeu que as medidas cautelares também se sujeitam ao princípio da legalidade¹⁶⁷⁹. O juiz não estava autorizado a criar medidas

¹⁶⁷⁵ V., sobre o tema, CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

¹⁶⁷⁶ Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). V., sobre o tema, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. *Revista de processo*, v. 38, n. 226, p. 13-29, dez. 2013; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, jun. 2005, p. 107.

¹⁶⁷⁷ Além de restringir o direito à propriedade, a fiança limita, em grau reduzido, o direito à liberdade de locomoção, na medida em que o acusado é obrigado a comparecer a todos os atos para os quais for intimado, sendo-lhe vedado mudar-se de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado (arts. 327 e 328, CPP). A fiança era entendida como uma espécie de contracautela, pois substituíra a prisão em flagrante. Sob o novo regime das cautelares penais, consolidado pela Lei n. 12.403/11, a fiança passou a ser reconhecida como típica medida cautelar (Art. 319, VIII do CPP). V. SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 324.

¹⁶⁷⁸ V. FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012, p. 166.

¹⁶⁷⁹ V. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

cautelares não previstas em lei, o que o obrigava a optar pela prisão preventiva ou pela liberdade provisória (com ou sem fiança)¹⁶⁸⁰.

A alteração promovida no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011 rompeu com o modelo binário que oferecida apenas dois caminhos ao juiz – decretar a prisão preventiva (às vezes excessiva) ou conceder a liberdade provisória (às vezes insuficiente). Essa inovação legislativa criou diversas medidas cautelares diversas da prisão, situadas em posição intermediária entre a liberdade provisória e a prisão preventiva, que se prestam a tutelar os mesmos interesses protegidos pela prisão processual, porém com menor grau de restrição à liberdade do investigado/acusado¹⁶⁸¹. Objetivou-se, com a aprovação da Lei 12.403/2011, oferecer uma resposta legal ao quadro de flagrante violação aos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade no tratamento das medidas cautelares de natureza penal. A reforma legislativa abandonou o sistema rígido – prisão preventiva ou liberdade provisória – e passou a trabalhar com várias alternativas à prisão, viabilizando uma saída para o gravíssimo quadro de crescimento vertiginoso da população de presos provisórios no país.

A reforma legislativa empreendida pela Lei 12.403/2011, com o propósito de compatibilizar a tutela processual com os ditames constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade, reforçou o caráter excepcional da prisão preventiva, condicionando seu cabimento à hipótese de “*se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*” (art. 310, II, CPP). A partir do novo marco legal, o magistrado não tem autorização legal para, recebido o auto de prisão em flagrante, imediatamente convertê-la em prisão preventiva, mesmo diante do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti*. É preciso, antes, que ele verifique se é cabível medida cautelar diversa da prisão e menos gravosa à liberdade de locomoção do indivíduo (nova redação dos arts. 319 e 321 do CPP)¹⁶⁸².

¹⁶⁸⁰ A jurisprudência do STJ já afirmava, mesmo antes da Reforma de 2011, que “não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência” (STJ, HC 128.599/PR, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, j. em 07.12.2010). Para uma visão da doutrina brasileira sobre o ponto, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 61; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares: superação da medíocre dicotomia. *Boletim IBCCrim*, edição especial CPP, ago. 2010.

¹⁶⁸¹ V. GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 99.

¹⁶⁸² A propósito, Aury Lopes Júnior: “As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado. Não sem razão, o PL n. 428/2001 foi ressuscitado com a assumida finalidade de amenizar o caos do sistema prisional brasileiro, que, superando os 500 mil presos, tem quase 50% de presos cautelares, ou seja,

Não obstante os indiscutíveis avanços trazidos pela Lei 12.403/2011, a modificação do regime legal das medidas cautelares penais produziu um vácuo normativo no regime legal da detração penal, que não prevê expressamente a possibilidade de compensar as restrições à liberdade resultantes da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão na pena definitiva¹⁶⁸³. Uma das principais críticas à reforma parcial do CPP empreendida pela Lei 12.403/2011 diz respeito justamente à lacuna gerada pela ausência de regramento legal para a detração da pena em razão do cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva¹⁶⁸⁴.

A propósito do tema, Luís Greco, Frederico Horta, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Gustavo Quandt advertem que “a detração é um dos pontos nos quais o Código [Penal] demanda alterações mais significativas, indispensáveis para conferir ao instituto a amplitude que o Direito e o Processo Penal contemporâneos demandam”¹⁶⁸⁵. De acordo com esses autores, as modificações trazidas pela Lei 12.403/2011 “tornaram completamente defasado o instituto da detração, tal como previsto no Código [Penal]”. O principal motivo dessa defasagem é justamente a ausência de um regramento legal para a detração de medidas

aproximadamente 200 mil prisões preventivas” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4. ed. Saraiva: 2013, p. 146).

¹⁶⁸³ Sobre o tema, v. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Nova lei peca nas chances de detração. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 223, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-01/nao-detacao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao>>. Acesso em 12 nov. 208.

¹⁶⁸⁴ O modelo adotado pelo legislador brasileiro de promover reformas parciais no Código de Processo Penal de matriz inquisitivo concebido sob inspiração autoritária tem sido criticado sistematicamente pela doutrina brasileira. V. PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei nº 12.403/11 que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, n. 223, 2011. p. 1). Para uma visão crítica sobre a lacuna normativa decorrente da inexistência de regras explícitas de detração para medidas cautelares diversas da prisão, v. BOTTINI, Pierpaolo. Mais Reflexões sobre a Lei 12.403/11. *Boletim IBCCrim*, ano 19, n. 223, jun. 2011, p. 13.

¹⁶⁸⁵ Em atenção à deficiência do regime legal da detração penal atualmente vigente, esses juristas sugeriram, na proposta alternativa ao PLS 236/202 apresentada para debate ao Senado Federal, a alteração da redação do art. 42 do CP de 1940, para, dentre outras coisas, fazer constar a possibilidade da detração das penas restritivas de direito e de multa, bem como a possibilidade de descontar as restrições de liberdade sofridas pelo réu no curso do processo em razão da aplicação de medidas cautelares alternativas e/ou substitutivas da prisão preventiva. Confira-se a redação alternativa proposta para o dispositivo: “Art. 42 – Computam-se, na pena e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória ou administrativa, de internação provisória ou de outra medida cautelar pessoal, imposta no Brasil ou no estrangeiro. Parágrafo 1º - Quando a medida cautelar for menos gravosa que a pena, o cômputo poderá ser menor, nunca inferior a 1/7 do tempo da restrição sofrida, conforme o grau de disparidade entre esta e a pena a cumprir. Parágrafo 2º - O tempo de prisão ou de cumprimento de outra medida cautelar pessoal importará na redução da pena de multa, de prestação pecuniária ou de perda de bens e valores, se isoladamente aplicada, segundo um juízo de equidade, salvo quando substitutiva de pena já detraída” (GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; QUANDT, Gustavo; TEIXEIRA, Adriano. *Parte geral do Código Penal: uma proposta para debate*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 56).

cautelares diversas da prisão: “com o advento da Lei n. 12.403/2011 deveremos aumentar o rol de medidas que autorizam a detração penal”¹⁶⁸⁶.

De acordo com Camile Eltz de Lima, “é bastante evidente que as medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal impõem restrições à liberdade do indivíduo a ponto de se equivalerem à pena que priva a liberdade e, assim sendo, são passíveis de incidência da detração”¹⁶⁸⁷. Na ausência de previsão legislativa expressa nesse sentido, a autora sugere, como forma de superar essa lacuna normativa, a “revisitação hermenêutica do instituto da detração penal, atualizando-o com a nova realidade processual de índole constitucional, de forma a criar parâmetros de sua incidência em casos penais concretos”¹⁶⁸⁸. A utilização do mecanismo de integração do direito¹⁶⁸⁹ para superação de lacuna normativa que impeça o exercício de direitos fundamentais é operação autorizada tanto pela doutrina¹⁶⁹⁰ como pela jurisprudência¹⁶⁹¹. É que a falta de atualização legislativa para compatibilizar o âmbito de incidência da detração às novas medidas cautelares alternativas à

¹⁶⁸⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 786.

¹⁶⁸⁷ LIMA, Camile Eltz de. O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 283, p. 17-18., jun. 2016, p. 17. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129495>. Acesso em: 7 nov. 2018.

¹⁶⁸⁸ LIMA, Camile Eltz de. O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 283, p. 17-18., jun. 2016, p. 17. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129495>. Acesso em: 7 nov. 2018. Com efeito, o antigo sistema das medidas cautelares penais era “permeado pela mesma carga científica e ideológica dos anos 40 do Século XX, quadra histórica na qual estávamos mergulhados em uma visão de mundo absolutamente distinta da atual, com costumes bem diversos, com uma economia de mercado ainda inexistente e uma sociedade regida por valores e condicionamentos que o tempo cuidou de modificar radicalmente” (SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 174).

¹⁶⁸⁹ Por meio da interpretação se extrai da disposição normativa uma norma jurídica. Já por meio da integração do direito se chega a uma norma jurídica sem que haja uma disposição normativa que a exprima. Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que “o processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de integração. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador” (BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico da relações homoafetivas no Brasil. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n. 16, p. 20, mai.-ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2018).

¹⁶⁹⁰ V. KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder-Atribuição. In: MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima (orgs). *Mandado de Injunção*, Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 329.

¹⁶⁹¹ A recente experiência jurisprudencial do STF tem confirmado a previsão feita há mais de uma década pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de que “é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias” e também de que “a assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional” (STF, ADI 1351, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 07.12.2006).

prisão não pode resultar na ilegítima restrição a direitos fundamentais do réu¹⁶⁹². Quando a pena final cominada ao réu não considera as restrições de direitos fundamentais impostas pelo juiz ao acusado no curso do processo, essas restrições – especialmente aquelas incidentes sobre a liberdade de locomoção – tornam-se penas autônomas, desprovidas de justa causa e que, somadas à pena definitiva, ultrapassam o limite da culpabilidade¹⁶⁹³ e traduzem dupla punição pelo mesmo fato¹⁶⁹⁴.

A existência de um regime de compensação punitiva que possibilite considerar no momento da fixação definitiva da pena as restrições de direitos fundamentais impostas pelo Estado ao acusado constitui uma garantia constitucional – destinada a proteger aos princípios da culpabilidade e da vedação ao *bis in idem* – cujos efeitos não podem ser paralisados pela inércia do legislador. A soma de todas as restrições de direitos fundamentais impostas ao réu no curso do processo não pode ser superior à intensidade sancionatória delimitada pela culpabilidade do réu. Ao deixar de regular a detração das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, o legislador desprezou o fato de que “*na busca da proteção assegurada ao processo pelas providências de cunho cautelar, interesses e direitos podem vir a ser sacrificados, em maior ou menor grau*”¹⁶⁹⁵.

Como visto, o arcabouço argumentativo construído com o objetivo de viabilizar a compensação das restrições resultantes de medidas cautelares alternativas à prisão serve como referencial para a construção de um marco teórico mais amplo para a categoria dos equivalentes funcionais da pena e para um regime jurídico adequado de detração penal no Brasil. Todas as restrições de direitos fundamentais do investigado/acusado/apenado decorrentes da aplicação de medidas cautelares penais (afetações legítimas) ou da violação de direitos (afetações

¹⁶⁹² Seria possível falar, nessa hipótese, em um dever de atualização das disposições disciplinadoras da detração. Cf., sobre o tema do dever de atualização legislativa, MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre os princípios do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo Código Civil. *Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 25-55, jul./set. 2003.

¹⁶⁹³ É consensual, para as mais diversas teorias sobre a função da pena, que a pena não pode supercar a gravidade da culpabilidade. Cf. BACIGALUPO ZAPATER, Enrico, Principio de culpabilidad individualización de la pena. In: CASABONA, Carlos María Romeo (coord.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999, p. 35.

¹⁶⁹⁴ Como acentuou o Ministro Rogério Schietti, “embora o ne bis in idem tenha origem mais ligada à sua vertente processual, muitos diplomas legais tendem a deixar clara sua dupla face de garantia: de um lado, o princípio possui abrangência nitidamente material, a conferir ao acusado o direito de não ser punido duas vezes pelo mesmo fato” (STJ, HC 229.650/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 08.03.2016).

¹⁶⁹⁵ SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2018, p. 21.

ilegítimas) nas fases de investigação, processamento e execução devem ser computadas no momento da fixação definitiva da pena, sob pena de ofensa aos princípios (i) da culpabilidade, (ii) da vedação à dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*) e (iii) da proporcionalidade sancionatória, conforme será demonstrado a seguir.

9.2.3 Os fundamentos constitucionais da detração penal: exigência de concretização judicial dos princípios da culpabilidade, da vedação à dupla punição e da proporcionalidade sancionatória

O instituto da detração constitui elemento central do princípio da individualização judicial da pena¹⁶⁹⁶. A individualização da pena começa com a atividade legislativa, passa pela cominação de uma sanção criminal na sentença condenatória e termina com o controle judicial do modo de cumprimento da pena durante o seu processo de execução¹⁶⁹⁷. Não basta, contudo, que o legislador preveja qualquer espaço para definição judicial da pena. É necessário que a concretização legislativa do princípio da individualização da pena permita a imposição judicial de pena compatível com o princípio da culpabilidade.

A lei deve prever mecanismos aptos a limitar a sanção à exata medida da culpabilidade expressada pelo fato delituoso¹⁶⁹⁸. A detração constitui precisamente um desses mecanismos: ao determinar a compensação do período de restrição à liberdade sofrida no curso do processo, impede que a pena definitiva – resultado da soma da restrição à liberdade imposta à título cautelar com a pena aplicada na sentença condenatória – supere o grau da culpabilidade. Além de concretizar o princípio da culpabilidade, o reconhecimento do direito à detração decorrente do cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319 do CPP) tem fundamento

¹⁶⁹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 914.

¹⁶⁹⁷ Essa compreensão sobre o sentido do princípio da individualização da pena é prevalecente na doutrina brasileira. V, BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 588.

¹⁶⁹⁸ Como afirmou Massimo Donini, essa ideia de vincular o patamar máxima da pena ao grau de culpabilidade tem inspiração numa concepção desenvolvida na Escola de Frankfurt de renovação do pensamento retributivo no direito penal: “Quando, em um determinado momento, alguém se dá conta de que não se pode medir a prevenção geral, (...), que a mesma prevenção geral positiva não resulta verificável ou se identifica facilmente com um novo simbolismo penal, o passo imediatamente sucessivo, a tentação urgente, é dizer: não importa que o direito penal “sirva”, basta que seja “justo” e que, portanto, se aplique de maneira proporcional aos fatos “graves”. Com essas considerações (parecem dizer os defensores desta orientação), o tolaremos, é o mal menor, também porque um direito penal assim “inflexível”, é por definição mais garantidor da liberdade dos cidadãos, na medida em que é menos manipulável por tensões teleológicas que atuam, ab extrínseco ou ab intrínseco, sobre as regras e sobre as categorias” (DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 67-68).

nos princípios da vedação ao *bis in idem*¹⁶⁹⁹ e da proporcionalidade sancionatória¹⁷⁰⁰. Esses princípios que fundamentam o instituto da detração – voltada, na versão legal atual, à compensação apenas das restrições à liberdade de locomoção – são os mesmos que autorizam o reconhecimento desse efeito compensador nos demais tipos de restrições de direitos fundamentais sofridos pelo indivíduo como resposta à prática delitiva.

A detração e o princípio da culpabilidade

O limite máximo da pena, em sistemas jurídicos que protegem a dignidade humana, consiste na medida da culpa revelada pelo réu¹⁷⁰¹. A necessidade de vincular a pena a um juízo de reprovação é a única forma de evitar a instrumentalização do acusado. O caráter preventivo da pena não pode fazer com que ela ultrapasse o limite da culpabilidade do agente¹⁷⁰². A diversidade de teorias construídas sobre a função da pena – que vão desde propostas de corte utilitarista (que colocam a pena em função da realização de prevenção de novos delitos) até doutrinas puramente retribucionistas (que concebem a pena como mera compensação ou retribuição pelo mau causado) – não impediu que se formasse um amplo consenso na cultura jurídico-penal de que a pena proporcional depende do sopesamento do grau de autonomia do sujeito e da dosagem da gravidade pelo resultado de lesão ou de perigo ao bem jurídico. Mesmo para as teorias relativas da pena, o grau de culpabilidade funciona como limite da punição. Nada impede, portanto, que razões de corte utilitarista – relacionadas à capacidade preventiva da punição – recomendem a diminuição da pena ou até mesmo a sua exclusão¹⁷⁰³.

¹⁶⁹⁹ Nesse sentido, René Dotti: “há um princípio clássico de justiça segundo o qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. A detração visa impedir que o Estado abuse do poder-dever de punir, sujeitando o responsável pelo fato punível a uma fração desnecessária da pena sempre que houver a perda da liberdade ou a internação em etapas anteriores à sentença condenatória” (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 604-605).

¹⁷⁰⁰ A proporcionalidade sancionatória se resume à noção de correspondência gradativa entre injusto culpável e consequência juridical. Cf., sobre o tema, LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

¹⁷⁰¹ V. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*, Tomo I, Tradução da 2. edição Alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, p. 99-101 e 103. No mesmo sentido, V., na doutrina brasileira, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, v.1. 11 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 166.

¹⁷⁰² Não cabe imposição de pena alguma, se não concorre culpabilidade ao autor e de que a pena não pode exceder a medida da culpabilidade: a culpabilidade constitui o fundamento e o limite da pena. Cf. BRUNONI, Nivaldo. *Princípio de Culpabilidade: considerações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 33.

¹⁷⁰³ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 182-190.

O espaço de liberdade de conformação judicial da pena deve ser tal que possibilite ao juiz aplicar uma pena conforme a culpabilidade do autor¹⁷⁰⁴. Esse é um critério material que se mostra apto a servir como parâmetro de legitimidade das restrições legislativas aplicáveis ao momento de individualização judicial da pena¹⁷⁰⁵. Se a concretização legislativa do princípio da individualização da pena impedir a imposição judicial de uma sanção penal correspondente à culpabilidade do autor, o legislador não terá alcançado o objetivo de harmonizar os momentos legislativo e judicial da individualização da pena¹⁷⁰⁶. Isso porque, ao aplicar a lei, o juiz estaria descumprindo o postulado constitucional segundo o qual a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade expressada pelo fato delituoso¹⁷⁰⁷.

Daí decorre a conclusão de que a conformação legislativa da pena – nela incluída não apenas os limites mínimo e máximo, mas o seu regime de cumprimento, a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito e também o regime legal de detração – deve ser compatível com o princípio constitucional da culpabilidade¹⁷⁰⁸. Esse princípio impõe que a pena deve resultar da avaliação da gravidade do fato (resultante de lesão ou de perigo ao bem jurídico) e da sua relação com a culpabilidade (de conformidade com o grau de autonomia do sujeito). É nesse sentido que se afirma que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade: o juiz não pode ser impedido pelo legislador de aplicar a sanção criminal compatível com o grau de culpabilidade¹⁷⁰⁹. Mas a pena também deve ser útil: tanto a falta de

¹⁷⁰⁴ V. DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 85, tradução livre do autor.

¹⁷⁰⁵ A opção por esse critério-base para dosagem da pena foi feita de forma expressa pelo legislador alemão, como se colhe do parágrafo 46 del StGB: “A culpabilidade do autor será fundamento da dosimetria da pena. Deverão ser considerados os efeitos derivados da pena para a vida future do autor”.

¹⁷⁰⁶ Por isso que a maior parte dos sistemas de justiça – como o alemão – adota a teoria do espaço de jogo ou da margem de liberdade, que afirma que a pena adequada à culpabilidade não é uma magnitude pontual, pois as necessidades preventivas relacionadas com as circunstâncias pessoais do autor servirão para concretizar a pena dentro do marco determinado a partir da valoração da culpabilidade, mas em nenhum caso poderão justificar uma pena que exceda o limite da culpabilidade pelo injusto realizado. V., sobre o tema, JESCHECK. Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. de Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 794.

¹⁷⁰⁷ V. DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010, pp. 67-68).

¹⁷⁰⁸ TCC, Sentencia C-181/16 (Abr. 13), M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Em Constituições que não prevêm expressamente o princípio da culpabilidade, doutrina e jurisprudência costumam extraí-lo da ideia de Justiça como valor superior da ordem jurídica, do princípio da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. V., sobre o tema, BACIGALUPO ZAPATER, Enrico, Principio de culpabilidad y individualización de la pena. In: CASABONA, Carlos María Romeo (coord.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999.

¹⁷⁰⁹ A culpabilidade exerce, assim, uma função de limite insuperável da pena. V, sobre o desenvolvimento dessa ideia no direito português, RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Lisboa: Coimbra, 1995.

aptidão para produzir efeitos preventivos quanto a existência de outras formas de imputação de retribuição ao réu podem funcionar como elementos para atenuar ou eximir a sanção. O grau de culpabilidade pelo fato constitui o limite da punição, não o seu conteúdo definitivo. A primeira referência deve ser o grau de culpa pelo fato, e, depois, o grau de utilidade da pena – a partir das funções por ela realizadas – pode determinar a sua diminuição, substituição por outras medidas sancionatórias, ou até seu completo afastamento¹⁷¹⁰.

O juiz, ao fixar a pena, procura estabelecer uma relação de equivalência entre a sanção aplicada ao réu e o grau de culpabilidade revelado pelo autor em face do fato criminoso praticado¹⁷¹¹. Esse é o vetor axiológico que deve orientar o sistema legal de balizamento da quantidade e da qualidade da pena. O regime de compensação entre as mais diversas punições recebidas em razão do mesmo fato garante que a pena efetivamente cumprida pelo condenado não ultrapasse a medida da culpabilidade¹⁷¹². Por isso, da interação entre os princípios da individualização da pena e da culpabilidade se extrai a exigência de que o legislador estabeleça um regime jurídico da detração capaz de oferecer ao juiz a possibilidade de considerar, na fixação da pena final, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais impostas ao acusado.

Se a pena fixada na sentença em atenção à culpabilidade – ou seja, à gravidade do fato resultante de lesão ou de perigo ao bem jurídico e ao grau de autonomia do sujeito – for somada às restrições (legítimas ou ilegítimas) de direitos fundamentais sofridas no curso do processo

¹⁷¹⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrico, Principio de culpabilidad y individualización de la pena. In: CASABONA, Carlos María Romeo (coord.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999, p. 37.

¹⁷¹¹ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs). *Cem anos de repressão*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

¹⁷¹² Essa ideia foi desenvolvida com profundidade pela jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha, que afirmou que, em um sistema jurídico que acolhe um direito penal da culpabilidade, “a culpabilidade é uma entidade modificável e que há fatos posteriores ao delito que podem modificar sua significação originária em relação à pena aplicável”. Nessa perspectiva, o contrário ocorreria se o sistema adotasse um modelo de direito penal do autor, pois, a partir dessa premissa, o caráter do autor não pode ser modificado nem compensado, tal como sucede com sua tendência ao delito”. Na sequência, o Tribunal Supremo da Espanha afirmou que “é a partir da ideia de um direito penal da culpabilidade e do fato, implícita em todo o sistema penal, que o próprio legislador tem reconhecido os fatos posteriores que têm incidência sobre a medida da pena, precisamente por seu efeito compensador da culpabilidade”. Essa compensação da culpabilidade pode acontecer, segundo essa orientação jurisprudencial, pode decorrer de atos do próprio autor no sentido de reafirmar os valores da ordem jurídica, como acontece nos casos de confissão ou de reparação espontânea do dano. Nesses casos é possível falar em uma “compensação construtiva”. De outro lado, é possível identificar também outra forma de compensação, conhecida como “compensação destrutiva”, em que se verifica uma perda de direitos em consequência do delito e do processo penal. Como exemplo clássico dessa “compensação destrutiva da culpabilidade” é possível citar o abono do tempo de cumprimento da prisão preventiva. Cf. STS 934/1999, Sala 2ª, de lo Penal, 8 jun. de 1999.

ou da execução da pena, todas elas com evidente carga punitiva, a sanção total a que ele estará submetido superará o limite da culpabilidade pelo fato praticado. A detração constitui, portanto, mecanismo para evitar que a superposição de medidas que apresentem carga punitiva – ainda que destinadas a desempenhar função cautelar – resulte na ofensa ao princípio da culpabilidade. Em outras palavras, ao determinar a compensação na pena das diversas restrições de direitos fundamentais sofridas pelo réu/apenado, o juiz impede que a pena definitiva – resultado da soma das restrições impostas a título cautelar ou em razão do cometimento de atos ilícitos pelo Estado com a pena aplicada na sentença condenatória – supere o grau da culpabilidade¹⁷¹³.

A detração e o princípio do ne bis in idem

O princípio do *ne bis in idem* informa o sistema sancionador estatal sob uma perspectiva dúplice: (i) sob o ponto de vista processual, proíbe a renovação de processos e julgamentos pelos mesmos fatos; e (ii) sob a ótica material, veda a dupla punição pelos mesmos fatos¹⁷¹⁴. A feição substancial do princípio do *ne bis in idem* se fundamenta na interdição de acumulação de consequências sancionatórias pelos mesmos fatos¹⁷¹⁵. Sob essa perspectiva material, esse princípio constitucional impede que o mesmo sujeito seja sancionado em mais de uma ocasião com o mesmo fundamento e pelos mesmos fatos, pois a soma da pluralidade de sanções produziria uma reação punitiva desproporcional. Essa desproporcionalidade, além de constituir

¹⁷¹³ O Tribunal Supremo da Espanha tem afirmado que, tendo em conta que a pena constitui uma perda de direitos fundamentais, a doutrina mais moderna tem considerado que as lesões de direitos fundamentais que são consequência de um desenvolvimento irregular do processo devem ser abonadas na pena pois apresentam um efeito compensador de parte da culpabilidade pelo feito extinta por essa perda de direitos. Esse mesmo Tribunal Supremo reconheceu que esse efeito compensador decorre diretamente da ideia de Estado de direito, razão pela qual se devem computar na pena os males injustificados que o acusado tenha sofrido em razão de um processo penal irregular, pois é um imperativo de justiça que o autor não receba pelo delito uma perda de direitos maior que àquela equivalente à gravidade da sua culpabilidade. Nesse julgamento, o Tribunal espanhol concluiu que “a privação de bens e direitos que produz a pena não deve ter maior gravidade que a gravidade da lesão jurídica causada pelo autor”. Cf. STS nº 934/1999, Sala 2ª, de lo Penal, 8 jun. 1999.

¹⁷¹⁴ V., sobre o tema, CARPIO DE BRIZ, David. Europeización y reconstrucción del *non bis in idem*. Efectos en España de la STEDH Serguei Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009. *Revista General de derecho penal*, n. 14, 2010, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.iustel.com>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

¹⁷¹⁵ Essa dupla perspectiva do princípio *ne bis in idem* é acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça: “A ideia de que ninguém pode ser duplamente processado ou punido pelo mesmo crime é conhecida como *ne bis in idem*, princípio que pode ser analisado sob a ótica material, como o direito a não ser punido duas vezes pelo mesmo crime, ou sob a ótica processual, como o direito a não ser processado mais de uma vez pelo mesmo fato” (HC 320.626, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 09.06.2015).

uma violação constitucional em si, afrontaria, ainda, a garantia da previsibilidade das sanções por parte dos cidadãos¹⁷¹⁶.

O *ne bis in idem* – nessa dúplici dimensão – tem sido reconhecido como princípio constitucional implícito nos mais diversos quadrantes¹⁷¹⁷. É particularmente relevante, no Direito Comparado, a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha, que tem afirmado que a garantia de não se submeter à dupla punição configura-se como um direito fundamental que, em seu aspecto material, impede que o mesmo fato seja sancionado em mais de uma ocasião com o mesmo fundamento¹⁷¹⁸. No Brasil, embora a garantia de não ser submetido ao *bis in idem* não seja prevista expressamente na Constituição de 1988, ela costuma ser extraída de outros princípios constitucionais – Estado de Direito, proporcionalidade e legalidade¹⁷¹⁹. Além disso, o alcance da vedação à dupla punição é delineado de acordo com as convenções internacionais sobre direitos humanos que reconhecem expressamente a garantia, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU de 19 de dezembro de 1966, ao qual o Brasil aderiu¹⁷²⁰.

A jurisprudência brasileira tem utilizado o princípio do *ne bis in idem*, em geral, para três finalidades: (i) impedir o duplo processamento por um mesmo fato criminoso¹⁷²¹, (ii) obstar

¹⁷¹⁶ Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal constitucional da Espanha: SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6.b.

¹⁷¹⁷ Para Muños Clares, o *ne bis in idem* decorre da ideia de Estado de direito e da necessidade de conter a arbitrariedade do poder punitivo estatal. V. MUÑOS CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologías y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006, p. 34. Rogério Schietti, no Brasil, aponta como fundamento do princípio do *ne bis in idem* os princípios da segurança jurídica e da confiança. V. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17. No mesmo sentido, defendendo como fundamento para o *ne bis in idem* o princípio da segurança jurídica, v. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. O STF registra precedente reconhecendo o *status* constitucional do princípio *ne bis in idem*: “A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar” (HC 86606, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 22.05.2007).

¹⁷¹⁸ V., por todas, por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; o 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.

¹⁷¹⁹ V., sobre o tema, SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

¹⁷²⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4 e 5, p. 94-95, 2003/2004.

¹⁷²¹ A esse respeito, o STJ já decidiu que “configura indevido *bis in idem* a dupla persecução penal instaurada em desfavor do mesmo acusado, pelo mesmo fato, culminando em dupla condenação” (HC 315.073, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 23.02.2016; STJ, HC 281.101, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 03.10.2017).

a dupla valoração negativa de uma mesma circunstância na dosimetria da pena¹⁷²²; e (iii) interditar o uso de circunstâncias devidamente avaliadas em um processo criminal para elevar a pena em outro¹⁷²³. O Supremo Tribunal Federal, mais especificamente, tem empregado referido princípio tanto para impedir a repetição de ações penais com o mesmo pedido, as mesmas partes e a mesma causa de pedir (dimensão processual)¹⁷²⁴, quanto para obstar a duplicidade de consequências sancionatórias decorrentes da mesma circunstância fática (dimensão material)¹⁷²⁵. Percebe-se, portanto, que a jurisprudência brasileira já considera que o *ne bis in idem* produz efeitos (i) dentro do mesmo processo judicial, para evitar a cominação de penas desproporcionais, e (ii) fora do âmbito do processo, para obstar que um mesmo fato criminoso seja objeto de múltiplas ações penais. Mais recentemente, porém, tem ganhado destaque outra finalidade da vedação à dupla punição: juízes e tribunais passaram a se valer do princípio do *ne bis in idem* para promover a redução da pena principal em razão de restrições a direitos fundamentais do acusado pela aplicação de medidas cautelares.

Tradicionalmente, a diferença de finalidades perseguidas pela pena e pelas medidas cautelares era utilizada para justificar o obstáculo à detração do período de submissão do réu a medidas cautelares na pena definitiva. Segundo essa perspectiva teórica, enquanto a pena principal cumpriria funções de prevenção (geral e especial) e de repressão (retribuição ao mal causado pelo delito), as medidas cautelares deveriam desempenhar função meramente instrumental, garantindo a própria eficácia da prestação jurisdicional¹⁷²⁶. A verdade, porém, é que nem mesmo sob o ponto de vista teórico existe uma diferença tão nítida entre as finalidades cumpridas pela pena e pelas medidas cautelares. Veja-se que tanto a prisão preventiva (art. 312 do CPP) como outras medidas cautelares alternativas (art. 319 do CPP) servem à garantia da ordem pública e, nesse sentido, buscam evitar o cometimento de novos delitos. Assim, as medidas cautelares cumprem, à semelhança da pena, relevante função de prevenção

¹⁷²² STJ, HC 418.406, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 08.02.2018. Para uma resenha das situações típicas de revalorização das circunstâncias na aplicação da pena, cf. QUEIROZ, Paulo. *Erros frequentes na aplicação da pena*. Disponível: <<http://www.pauloqueiroz.net>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

¹⁷²³ Nesse sentido: “[c]onfigura bis in idem a hipótese em que o réu, condenado por crime de furto, tem sua pena aumentada pelo reconhecimento da continuidade fundada em fato já objeto de condenação anterior” (STJ, HC 11.428/SP, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, j. em 22.08/2000).

¹⁷²⁴ STF, HC 82980, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 17.03.2009; STF, HC 83346, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 17.05.2005.

¹⁷²⁵ STF, HC 125586, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 30.06.2015; HC 121758, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 09.12.2014.

¹⁷²⁶ V. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; e MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

especial¹⁷²⁷. É por isso que, em uma interpretação constitucionalmente adequada, a perspectiva teórica que pretendia distinguir, de forma estanque, as finalidades das medidas cautelares e da pena somente se justifica quando tiver por objetivo proteger o indivíduo contra as tentativas de antecipação da pena sem o devido processo legal¹⁷²⁸. A preocupação em não transformar as cautelares penais em penas antecipadas é absolutamente legítima e necessária, mas não deve obscurecer a compreensão de que as medidas cautelares, ainda que exerçam função instrumental, possuem uma carga punitiva pelo simples fato de que restringem direitos fundamentais do acusado.

Não se discute, aqui, a legitimidade das restrições a direitos fundamentais resultantes da aplicação de medidas cautelares, que se justificam por razões instrumentais. Tal circunstância, todavia, não afasta o *efetivo* conteúdo aflitivo que elas representam na esfera de direitos do acusado. O fato de as medidas cautelares perseguirem, em regra, finalidades diferentes daquelas objetivadas pela pena não significa que elas não possuam conteúdo sancionatório. Essa percepção é bastante evidente no caso da prisão preventiva. Mesmo antes de existir previsão legal de detração do tempo de prisão preventiva na pena final já se tinha verificado que, embora tal modalidade de prisão provisória se destine primordialmente a realizar funções instrumentais, ela produz, na prática, o mesmo tipo de restrição à liberdade de locomoção que a pena de prisão. Daí porque se entendeu necessária a compensação do tempo de prisão provisória na pena definitiva. O mesmo raciocínio passou a ser reproduzido pela jurisprudência, nos últimos anos, em relação a outras medidas cautelares. Portanto, para fins de detração, mais importante do que a análise a respeito da identidade de finalidades entre as medidas restritivas é o reconhecimento

¹⁷²⁷ Como afirmou Gustavo Badaró, “[p]ara a decretação das medidas alternativas à prisão também é necessário que ao pressuposto positivo se some ao menos uma hipótese de *periculum libertatis*. (...) Finalmente, em relação às medidas alternativas dos incs. II, VI e VII do caput do art. 319, o legislador, observando a exigência da parte final do inc. I do caput do art. 282, expressamente previu que poderão ser decretadas para evitar a reiteração criminosa” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11*. In: FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 219. Para uma visão do tema no direito comparado, v. PASTOR, Daniel R. *Las funciones de la prisión preventiva*. *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006.

¹⁷²⁸ Nesse sentido: “a prisão cautelar - que tem função exclusivamente instrumental - não pode converter-se em forma antecipada de punição penal. A privação cautelar da liberdade - que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade - somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário” (STF, HC 80379, Rel. Min Celso de Mello, j. em 18.12.2000). Na mesma linha: “a prisão preventiva, - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal” (STF, RHC 81.395, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 03.12.2002).

de que tanto a pena quanto as medidas cautelares produzem restrições à liberdade e outros direitos fundamentais do indivíduo.

Esse mesmo raciocínio levou o Tribunal constitucional espanhol a ampliar o conteúdo do princípio da vedação à dupla punição. Em primeiro lugar, a Corte espanhola afirmou que o núcleo essencial da garantia do *ne bis in idem* reside em impedir o excesso punitivo, tendo em vista que tal excesso constituiria uma sanção não legalmente prevista¹⁷²⁹. Ampliando o âmbito de proteção dessa garantia, o mesmo Tribunal passou admitir a possibilidade de verificar a sua violação pela submissão do indivíduo a processos sancionadores de naturezas diferentes. Nesse contexto, construiu o argumento de que apenas não há uma reiteração punitiva constitucionalmente proibida na imposição de sanção dupla nos casos de identidade de sujeito, fato e fundamento, quando a decisão sancionatória subsequente desconta todos os efeitos negativos vinculados à resolução sancionatória anterior¹⁷³⁰. Para o Tribunal Constitucional espanhol, a partir da dimensão material estrita, somente quando há esse desconto pode-se considerar que a sanção aplicada não foi desproporcional, afastando-se o excesso punitivo¹⁷³¹. Em caso posterior, o Tribunal entendeu que não haveria violação ao *ne bis in idem* se, apesar de cominação anterior de sanção administrativa ao acusado, o juiz sentenciante descontasse certo tempo de privação de liberdade aplicada na ação penal em razão da imposição anterior de sanção administrativa¹⁷³². Como se vê, o Tribunal Constitucional espanhol se baseou na ideia de que as medidas sancionatórias anteriormente cominadas ao indivíduo, por sua equivalente natureza e magnitude, podem ser equiparadas à sanção a ser aplicada posteriormente.

Essas inovações produzidas pela jurisdição constitucional espanhola culminaram no reconhecimento de que, para impedir o *bis in idem*, é necessário entender a sanção não apenas como pena aplicada em sentido autônomo e individualizado, mas todas as consequências substanciais de natureza repressiva ou restritiva de direitos em decorrência de um ilícito¹⁷³³. O Tribunal Constitucional da Espanha afirmou que toda medida aplicada como consequência de um ilícito que tenha carga repressiva e que promova a restrição de direitos deve ser entendida

¹⁷²⁹ Tribunal Constitucional espanhol, STC 2/2003, de 16 de janeiro.

¹⁷³⁰ Tribunal Constitucional espanhol, STC 2/2003, de 16 de janeiro.

¹⁷³¹ Tribunal Constitucional espanhol, STC 2/2003, de 16 de janeiro.

¹⁷³² Tribunal Constitucional espanhol, STC 334/05, de 20 de dezembro.

¹⁷³³ Tribunal Constitucional espanhol, STC 48/03, de 12 de março.

como pena em sentido material¹⁷³⁴. Com base nessa visão atualizada do sentido de pena, entendida como o conjunto de restrições a direitos fundamentais impostas pelo Estado como reação à prática do delito, ficou ainda mais evidente a necessidade de compreender as medidas cautelares penais como verdadeiras sanções para fins de detração. Tal formulação, ademais, é apta a justificar a compensação na pena final de todas restrições de direitos fundamentais que possuam alguma carga repressiva.

Exatamente para traduzir esse mesmo conceito é que autores como Silva Sánchez se referem aos chamados *equivalentes funcionais da pena*. Essa nomenclatura expressa, com maior precisão, a ideia de que certas restrições a direitos fundamentais do acusado podem ser equiparadas à pena, tanto para diminuir a intensidade da reação punitiva do Estado quanto para renunciar a ela. O caso típico de *equivalente funcional da pena* é a aplicação de medidas restritivas à liberdade de locomoção do acusado que apresentem especial gravidade. Nesses casos, Silva Sánchez afirma que as medidas cautelares apresentam uma autêntica equivalência funcional com a pena, devendo entrar em jogo o princípio da compensação, para garantir que não se incorra em dupla punição pelo mesmo fato, em violação ao princípio do *ne bis in idem*¹⁷³⁵.

A detração e o princípio da proporcionalidade sancionatória

O princípio da proporcionalidade é usualmente utilizado com o sentido de juízo de proporcionalidade, na versão desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, com estrutura definida e sub-elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) independentes, com significado próprio e ordem de aplicação pré-definida¹⁷³⁶. No campo penal, a noção de proporcionalidade é também referida com outro sentido menos difundido, de limitação das sanções criminais a partir de critérios vinculados à culpabilidade, à intensidade da lesão ou perigo causado ao bem jurídico e à relevância axiológica do bem jurídico no sistema constitucional. Os princípios da culpabilidade e da vedação à dupla punição

¹⁷³⁴ Essa virtuosa construção jurisprudencial de um sentido material de pena tem origem na criativa jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que incluiu, desde a década de 80, no conceito substantivo de pena – independente da denominação que lhe confira a legislação nacional – as sanções graves de natureza administrativa. Cf., por todos, STEDH de 21 de fevereiro de 1984, caso *Öztürk c. República Federal de Alemanha*, SSTEDH de 23 de outubro de 1995, caso *Gradinger c. Austria*).

¹⁷³⁵ V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

¹⁷³⁶ V. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 30.

(*ne bis in idem*) servem a esse propósito, na medida em que impedem a aplicação de penas excessivas (desnecessárias, abusivas ou injustificadas). Nesse sentido, é profunda a vinculação dos princípios da culpabilidade e do *ne bis in idem* à noção de proporcionalidade da pena criminal. O autor José Luis Diés Ripollés chega a incluir a culpabilidade como elemento da proporcionalidade das sanções criminais¹⁷³⁷.

De acordo com Donini, é necessário distinguir o princípio da proporcionalidade no direito penal (voltado à verificação da legitimidade constitucional das restrições a direitos fundamentais impostas pela lei penal) do princípio (mais restrito) da proporcionalidade sancionatória. Segundo esse autor, a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia consagrou essa diferença ao tratar, de um lado, do princípio da proporcionalidade como critério de legitimação da restrição de direitos fundamentais (art. 52, 1º), e, de outro, do princípio da proporcionalidade da pena criminal, que determina que a pena aplicada não deve ser desproporcional em relação ao delito (art. 49)¹⁷³⁸.

A utilização do princípio da proporcionalidade como meio para limitação da intensidade das penas decorre da ideia central do direito penal moderno segundo a qual deve haver uma correspondência entre a gravidade da sanção penal e a conduta castigada. Essa noção de *proporcionalidade das penas* é baseada na profunda ligação que o direito penal, fruto do pensamento iluminista, engendrou entre a gravidade da pena e a relevância do bem jurídico afetado e o grau de sua afetação. A utilização da proporcionalidade como mecanismo de parametrização da gravidade das penas fez com que parte da doutrina e da jurisprudência estrangeiras¹⁷³⁹ passasse a utilizar o princípio da proporcionalidade como substituto funcional do princípio da culpabilidade¹⁷⁴⁰. Para aqueles que consideram a proporcionalidade das penas

¹⁷³⁷ V. DONINI, Massimo. Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei, *Rivista Trimestrale de Derecho Penal*, n. 4, p. 4-43, 2013, p. 12 e ss.

¹⁷³⁸ V. DONINI, Massimo. Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei, *Rivista Trimestrale de Derecho Penal*, n. 4, p. 4-43, 2013, p. 12.

¹⁷³⁹ V., por todos, ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada: Comare, 2001.

¹⁷⁴⁰ Nesse sentido, Hassemer propõe a substituição do princípio da culpabilidade pelo princípio da proporcionalidade. Para ele, o princípio da culpabilidade contém também o princípio da proporcionalidade que estabelece uma relação que deve existir entre a pena e determinados elementos da conduta culpável. V., por todos, BACIGALUPO ZAPATER, Enrico, Principio de culpabilidad y individualización de la pena. In: CASABONA, Carlos María Romeo (coord.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Granada: Comares, 1999, p. 100. Para Gloria Lopera, a máxima de que a pena não pode superar a medida da culpabilidade pelo fato cometido levou diversos autores a pretender a substituição do princípio da culpabilidade pelo princípio da proporcionalidade; ao passo que outros rechaçaram essa alternativa.

como princípio autônomo, independente dos princípios da culpabilidade e do *ne bis in idem*, o importante é reafirmar a proibição de cominação de penas desnecessárias, excessivas ou injustificadas¹⁷⁴¹. O princípio da proporcionalidade sancionatória exerce, portanto, uma função subsidiária de proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal na cominação de penas criminais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o regime de compensação entre as medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais constitui elemento fundamental para coibir o comportamento arbitrário do juiz na aplicação da resposta penal do Estado. A desconsideração, no momento da fixação da pena, dos gravames impostos ao acusado antes da sentença condenatória (que, conforme dados da realidade, constituem punição concreta e gravosa ao indivíduo) resulta na elevação injustificada do total da carga sancionatória a ele aplicada. Ao ignorar as restrições a direitos fundamentais impostas ao réu a título cautelar na concretização da sanção na sentença condenatória, afasta-se a *“necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal da máxima punição e o interesse individual de mínima expiação, tudo em ordem a inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz”*¹⁷⁴².

Esse raciocínio não é estranho à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Alguns precedentes do STF têm empregado a proporcionalidade sancionatória de modo a contemplar não apenas a noção de vedação à arbitrariedade estatal, mas também a exigência de que a fundamentação utilizada para dosar a pena mantenha o indispensável vínculo de pertinência com os dados da realidade que conferem expressão concreta aos parâmetros legais de dosimetria¹⁷⁴³. E é precisamente com esse sentido – de proibição da arbitrariedade e de exigência de justificação das penas – que o *princípio da proporcionalidade da sanção penal*

O importante, para essa autora, é que se deixe claro que as exigências da proporcionalidade entre pena e delito não esgotam o conteúdo mais amplo associado ao princípio da culpabilidade, e que dentro do conceito de gravidade do delito tem relevância a distinção entre dolo e culpa. Feitas essas advertências, Gloria Lopera não vê problema em se considerar a proporcionalidade da pena como princípio autônomo. V. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 203-205.

¹⁷⁴¹ O princípio da proporcionalidade informa todo o ordenamento jurídico constitucional no sentido de estabelecer uma cultura de justificação do poder público. V., a respeito, BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, New York: Cambridge University Press, 2012, p. 458.

¹⁷⁴² STF, RHC 122469, Rel. Min. Cármen Lúcia, Red. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 16.09.2014.

¹⁷⁴³ V., nesse sentido, STF, HC 111844, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 24.04.2012; STF, HC 100027, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 16.08.2011.

pode funcionar como fundamento constitucional para o reconhecimento do direito à detração penal das medidas restritivas cautelares, dotadas de carga punitiva, na pena definitiva.

9.2.4 Possibilidade de ampliação do regime de compensação punitiva por meio da analogia: o papel do Poder Judiciário na compatibilização do regime jurídico da detração penal com a ideia de equivalentes funcionais da pena

A ausência de previsão legal para a compensação integral e obrigatória das restrições de direito sofridas pelo réu como resposta estatal ao cometimento do delito constitui um “*estado indesejável de vácuo normativo*”¹⁷⁴⁴. De fato, a omissão do legislador em instituir um regime legal de detração dessas restrições – tanto das medidas cautelares como das violações atípicas aos mais diversos direitos fundamentais no curso do processo e da execução da pena – criou uma situação jurídica de patente violação aos postulados constitucionais da culpabilidade, do *ne bis in idem* e da proporcionalidade sancionatória. Essa evidente lacuna normativa, por importar em violação objetiva a direitos fundamentais dos condenados, pode ser enquadrada como verdadeira omissão inconstitucional. Tal vácuo normativo indesejado implica, ainda, violação ao princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da proteção insuficiente¹⁷⁴⁵.

Nesse contexto, doutrina e jurisprudência têm reconhecido a analogia como a técnica mais adequada para que o Poder Judiciário supere esse quadro de omissão legislativa, permitindo a adaptação do antigo e defasado regime legal binário da detração penal – em que se compensa apenas o período de prisão preventiva – com o novo regime legal graduado e flexível das medidas cautelares penais¹⁷⁴⁶. O próprio legislador determina que “*quando a lei for*

¹⁷⁴⁴ A expressão foi utilizada pelo STF no julgamento da Rcl 8643, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 03.05.2010.

¹⁷⁴⁵ Sobre o tema, v. RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma proibição de insuficiência como controle de proporcionalidade das omissões?. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo P. de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 324-326; e SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 31- 49.

¹⁷⁴⁶ O Ministro Luís Roberto Barroso resenhou as hipóteses mais comuns de reconhecimento do direito à remição sem correspondência na lei penal: “o direito processual penal tem admitido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais. A própria remição penal pelo estudo foi concedida durante muitos anos por decisões judiciais (há julgados do STJ que datam de 2003 e até uma súmula sobre o tema), mas apenas em 2011 ganhou previsão legal. Atualmente, também a remição pela leitura é aplicada, no âmbito federal, sem que haja autorização em lei. A hipótese é regulada pela Portaria Conjunta Depen/CJF no 276, de 2012, que prevê a possibilidade de redução de 4 dias de pena por obra lida por mês pelo detento, no limite de 48 dias de remição de pena por ano, e foi objeto da Recomendação no 44/2013, do CNJ, que orientou os Tribunais estaduais a reconhecerem a remição pela leitura de acordo com os mesmos critérios” (STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017).

omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (LINDB, art. 4º). Não há dúvida de que a analogia é amplamente admitida no direito penal nos casos em que é empregada para suprir lacunas legislativas em benefício do réu¹⁷⁴⁷. Como afirmou Nelson Hungria, o princípio da legalidade funciona como proteção do indivíduo contra a expansão do poder punitivo estatal e, por isso, “*somente diz com incriminações e cominação de penas*”. Para o autor, o direito penal admite o emprego da analogia em favor do réu, para viabilizar, por exemplo, “*a exclusão de crime ou culpabilidade, isenção ou atenuação de pena e extinção de punibilidade*”¹⁷⁴⁸.

No direito comparado, Portugal fornece exemplo ilustrativo do emprego da analogia para ampliar o escopo da detração em benefício ao réu. O art. 80 do Código Penal português prevê a possibilidade de cômputo, no cumprimento da pena de prisão, do tempo de detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação sofridos no curso do processo. Para além disso, os Tribunais portugueses, na análise dos casos concretos, têm ampliado o escopo desse dispositivo para outras hipóteses nele não previstas, mediante a aplicação da analogia em favor do réu, com o intuito de evitar a ocorrência de *bis in idem*. Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência majoritária daquele país tem promovido o desconto do tempo de suspensão da carteira de habilitação na pena acessória de proibição de conduzir veículo, a despeito da ausência de previsão legal que autorize a operação¹⁷⁴⁹. Conforme consta de

¹⁷⁴⁷ Sobre a admissibilidade da analogia em favor do réu, v.: DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Tirant, 2018, p. 21-22): “A analogia, como método de pensamento comparativo de grupos de casos, significa aplicação da lei penal a fatos não previstos, mas semelhantes aos fatos previstos. O processo intelectual de analogia, fundado normalmente no chamado espírito da lei, configura significado idiossincrático que um Juiz atribuiria e outro Juiz não atribuiria ao mesmo fato concreto. A atribuição de significados fundados no espírito da lei encobre a criação judicial de direito novo, mediante juízos de probabilidade da psicologia individual, assim resolvidos no Direito Penal: se o significado concreto representar prejuízo para o réu, constitui analogia proibida; se o significado concreto representar benefício para o réu, constitui analogia permitida. Hoje, a analogia pode ser equacionada deste modo: a) a analogia in malam partem – analogia praepter legem e analogia contra legem –, como analogia prejudicial ao réu, é absolutamente proibida pelo Direito Penal; b) a analogia in bonam partem – analogia intra legem –, como analogia favorável ao réu, é permitida pelo princípio da legalidade, sem nenhuma restrição: nas justificações, nas exculpações e em qualquer hipótese de extinção ou de redução da punibilidade do comportamento humano”. Cf., ainda, E. Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (Direito Penal Brasileiro, I, p. 210): “Costuma-se fazer distinção entre analogia in malam partem e analogia in binam partem, entendendo-se que a primeira integra a lei ampliando a punibilidade e que a segunda restringe aquém da letra da lei. A primeira se acha totalmente proscribida, ao passo que a segunda é amplamente admissível, desde que não seja arbitrária. Cabe particularmente analogia in bonam partem nas causas de justificação, quando os campos jurídicos aos quais remete a lei impõem-na ou admitem-na”.

¹⁷⁴⁸ HUNGRIA, Nélson. “Comentários ao Código Penal”, Vol. I, arts. 1 a 27, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1949, p. 75-77. No mesmo sentido: ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988, 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27.

¹⁷⁴⁹ É verdade que há alguns julgados contrários à possibilidade de ser efetuado esse desconto, a exemplo dos seguintes arestos: TRL de 6/3/2012, Proc. 282/09.2S1LSB.L15; TRL de 6/6/2013, Proc. 105/10.0CLS.L19; TRL de 17/12/2014, Proc. 99/13.0GTCSC.L19; TRP de 13/4/2016, Proc. 471/13.5GBFLG.P1; TRP de 08/02/17, Proc.

acórdãos do Tribunal da Relação do Porto que autorizaram esse tipo de detração penal, “[d]efrontamo-nos, isso sim, com a falta de solução legal para um espaço da realidade e da vida carecido de regulação e solução jurídica e não se antolha qualquer obstáculo a que se integre uma tal lacuna por aplicação analógica das citadas normas do Código Penal [arts. 80 e 82]”¹⁷⁵⁰.

A propósito do tema, o Professor Jorge Figueiredo Dias observa que “*da leitura dos artigos 80.º a 82.º parece resultar que, no pensamento da lei, o instituto do desconto só funciona relativamente a privações da liberdade processuais, a penas de prisão e (ou) a penas de multa, já não relativamente a outras penas de substituição e a medidas de segurança*”. No entanto, o autor adverte que “[u]ma tal restrição não parece, porém, ao menos em todos os casos pensáveis, político-criminalmente justificável”. Isso porque “[m]elhor será, por isso, considerar que se está perante uma lacuna, que o juiz pode integrar – tratando-se, como se trata, de uma solução favorável ao delinquente, sempre que possa encontrar um critério de desconto adequado ao sistema legal e dotado de suficiente determinação”¹⁷⁵¹. Esse mesmo raciocínio analógico pode ser empregado para embasar, em primeiro lugar, a detração penal de qualquer medida cautelar processual diversa da prisão e, em segundo lugar, de qualquer restrição (legítima ou não) de direitos fundamentais do réu no curso do processo ou na fase da execução da pena.

No Brasil, o debate sobre a possibilidade do recurso à analogia para ampliar o âmbito de incidência da detração se deu a propósito da compensação das medidas cautelares

707/14.5PFPRTA. P1 e TRC de 22/2/2017, Proc. 272/15.6GCLSA.C1. Essa orientação, contudo, é minoritária. Prevalece o entendimento a favor da aplicação de tal desconto, a propósito do qual é possível citar, entre outros, os Acórdãos: TRE de 11/7/2013, Proc. 108/11.7PTSTB.E1; TRG de 6/1/2014, Proc. 99/12.7CAVNC.G1; TRG de 22/9/2014, Proc. 7/13.8PTBRG.C1; TRP de 19/11/2014, Proc. 24/13.8GTBGL.P1; TRC de 14/1/2015, Proc. 648/12.0GASEIB. C1; TRC de 11/2/2015, Proc. 204/13.6 GAACB.C1; TRC de 7/10/2015, Proc. 349/13.2GBPBZ.C1; TRP de 16/12/2015, Proc. 367/13.0GCVRR.P2; TRP de 07/04/2016, Proc. 195/14.6PFPRT.P1; TRP de 25/5/2016, Proc. 581/14.1GCSTS.P1; TER de 21/6/2016, Proc. 28/14.3PTFAR.E1; TRG de 10/10/2016, Proc. 307/13.7GAAL.JG1; TRL de 18/10/2016, Proc. 188/12.6SELSBL15; TRC de 26/10/2016, Proc. 159/15.2GTVIS.C1; TRL de 16/11/2016 Proc. 261/15.059SLB.L15; TRE de 6/12/2016, Proc. 95/14.0PTSTB.E1 e TRP de 8/2/2017, Proc. 599/14.4PFPRTA. P1 e Proc. 78/15.2PTPRTA. P1, todos disponíveis in www.dgsi.pt. Da corrente majoritária, vale conferir mais detalhadamente o Acórdão do TRP de 29.03.2017, segundo o qual “[m]uito embora não se encontrando expressamente previsto o desconto do período de inibição de conduzir veículos motorizados, enquanto injunção, dada a abrangência do instituto do desconto, contido nos artigos 80.º a 82.º do Código Penal, tal não significa ter o legislador optado pela exclusão do desconto da injunção em causa na correspondente pena acessória”.

¹⁷⁵⁰ V., exemplificativamente, o Acórdão do TRP de 29.03.2017.

¹⁷⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal Português – Parte II - As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Coimbra Editora, 1993, p. 300.

alternativas à prisão preventiva na pena definitiva. Nesse campo, há relevante corrente doutrinária no sentido de que *“a ausência de menção à detração para cautelares distintas da prisão no ordenamento não impede sua aplicação pelo juiz, que, por analogia, pode beneficiar o réu com uma interpretação ampla da abrangência do instituto para além da prisão”*¹⁷⁵². André Callegari e Eugênio Pacelli defendem a ideia de que *“a prisão provisória já não é a única cautelar que implica efetiva constrição ao direito de ir e vir daqueles submetidos à persecução penal”*, de modo que outras medidas cautelares como o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga do investigado/réu (art. 319, V, do CPP) e a prisão domiciliar substitutiva da preventiva (arts. 317 e 318 do CPP) *“representam significativa restrição à liberdade de quem a elas se submeta, justificando que o período que as tenha suportado o sentenciado no curso da persecução seja descontado da pena que lhe seja aplicada”*. Para esses autores, o direito à detração não afasta eventual controvérsia a respeito da proporção em que se deve compensar cada medida cautelar na pena final: *“o tempo de compensação ou de abatimento da pena poderá ser objeto de inevitáveis debates, no que toca especificamente ao recolhimento noturno, no qual somente se restrinja a liberdade parcialmente. Como quer que seja a conta final, o caso será de detração, ainda que em percentuais proporcionais”*¹⁷⁵³.

¹⁷⁵² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexões sobre a lei n. 12.403/11. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 223, jun. 2011, p. 12-13, p. 13. Confira-se, também nesse sentido, a lição de Mário Luis Lirio Cipriani e João Pedro Seefeldt Pessoa: “[...] o instituto da detração penal visa computar o tempo da pena provisória na pena definitiva, evitando, dessa forma, bis in idem ou pena em dobro. Por esse motivo, o cumprimento das medidas cautelares deve ser detraído da pena final, visto que consiste em pena antecipada, ainda que mais branda. Isso, porque o acusado que cumpre medida cautelar possui, de uma ou de outra forma, restrição à sua liberdade de ir e vir, de frequentar determinados lugares, de realizar específicas atividades etc., ou seja, sendo punido previamente à sentença penal. Contudo, o legislador pátrio se manteve omissor, tanto no Código Penal, quanto no Código de Processo Penal, em relação à detração penal das medidas cautelares. Entretanto, referida omissão não proíbe a aplicação do instituto, visto que no Direito Penal é cabível, perfeitamente, analogia in bonam partem, isto é, entendimento capaz de beneficiar o réu. Ora, se a prisão preventiva, se a prisão temporária, se a prisão administrativa e se a internação devem ser detraídas, nada impede que a medida cautelar também o seja, uma vez que o cômputo é favorável ao acusado (PRADO, 2010) [...]”. Nesse sentido, indispensável pensar a respeito da detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão, isto é, o cômputo na pena final de sentença penal condenatória do tempo cumprido como medida cautelar. Isso porque, ainda que o indivíduo não esteja em regime equiparado ao fechado, sua liberdade está cerceada de uma ou de outra forma [...]. Como o Código Penal e o Código de Processo Penal não proibem taxativamente o desconto na pena final do tempo das medidas cautelares, por meio da analogia in bonam partem, é possível a detração penal” (CIPRIANI, Mário Luis Lirio Cipriani; SEEFELDT PESSOA, João Pedro. A aplicabilidade do instituto penal da detração nas medidas cautelares diversas da prisão no direito brasileiro. In: STAHLHÖFER, Iásin Schaffer et al. (orgs.) *Pensando o direito*, volume IV. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 245 a 264, p. 255 e 262.

¹⁷⁵³ CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 470-471.

Também a jurisprudência já tem aplicado esse entendimento. Diversos Tribunais brasileiros têm assumido protagonismo no emprego da interpretação extensiva e da analogia em favor do réu no campo da detração penal. São várias as hipóteses em que o Poder Judiciário tem conferido maior amplitude ao escopo do art. 42 do Código Penal. Por meio da técnica de interpretação extensiva, tais decisões têm ampliado o sentido do vocábulo *prisão provisória* para alcançar também a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva¹⁷⁵⁴.

Há, ainda, inúmeras situações em que a jurisprudência, mediante emprego da analogia, reconhece o direito à detração em hipóteses não previstas em lei. Esse é o caso da *detração na pena de multa*, em que se tem afirmado que se aplica “*por analogia, no desconto da pena de multa o tempo de prisão provisória. Assim, quem foi preso preventivamente para, ao final, ser condenado apenas à pena pecuniária não terá nada a cumprir*”¹⁷⁵⁵. De igual modo, a detração tem sido aplicada por analogia para compensar o tempo de prisão provisória com penas restritivas de direitos, nos seguintes termos: “*é cabível a detração do tempo de prisão provisória para reduzir o tempo de cumprimento da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade*”¹⁷⁵⁶. O mesmo raciocínio tem sido aplicado à detração entre processos distintos (detração cruzada)¹⁷⁵⁷ e à detração da medida cautelar de recolhimento noturno e em

¹⁷⁵⁴ A jurisprudência dos Tribunais Superiores é firme no sentido de que “[e]mbora inexistia previsão legal o cumprimento de prisão domiciliar, por comprometer o status libertatis da pessoa humana, deve ser reconhecido como pena efetivamente cumprida para fins de detração da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem” (HC 459.377, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 04.09.2018).

¹⁷⁵⁵ TJ-SP - EP: 990101514613 SP, 14ª Câmara de Direito Criminal, Relator Des. Wilson Barreira, j. em 17.06.2010 e publicado em 30.06.2010. Colhem-se, igualmente nesse sentido, os seguintes julgados: TJ-SP - EP: 00493350320148260000 SP 0049335-03.2014.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Criminal, Relator Des. Paulo Rossi, julgado em 22.10.2014 e publicado em 29.10.2014; TJ-SP - EP: 2082505820118260000 SP 0208250-58.2011.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Criminal, Relator Des. Camilo Léllis, j. em 09.02.2012, publicado em 17.02.2012; e TRF-4 - EP: 50056751920154047004 PR 5005675-19.2015.404.7004, Sétima Turma, Relator Des. Gilson Luiz Inácio, julgado em 15.12.2015 e publicado em 16.12.2015. Na doutrina, admitindo a detração na pena de multa mediante o emprego da analogia, v. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 354. Os motivos para a o desconto da pena prisão cautelar na pena de multa ao final aplicada ao réu foram muito bem explicitados por Alberto Silva Franco: “o que se discute é se o tempo de prisão cautelar deve ser detraído da pena de multa aplicada e, com efeito, não há como recusar a detração, construindo-se para tanto o critério da equivalência de um dia de prisão em relação a cada dia-multa. Seria realmente intolerável que, em relação à pena privativa de liberdade e à pena restritiva de direitos, fosse detraído o tempo da prisão cautelar e que nenhum efeito esse tempo tivesse em relação à pena pecuniária” (FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 283).

¹⁷⁵⁶ TJ-RS - AGV: 70038270575 RS, Terceira Câmara Criminal, Relator Odone Sanguiné, julgado em 10.02.2011 e publicado no dia 22.02.2011. Igualmente nesse sentido: TJ-RS - AGV: 70038292280 RS, Terceira Câmara Criminal, Relator Des. Odone Sanguiné, julgado em 10.02.2011 e publicado em 22.02.2011; e TJ-GO - APR: 03901762720168090175, 1ª Câmara Criminal, Relator Des. Itaney Francisco Campos, j. em 14.12.2017.

¹⁷⁵⁷ A esse respeito: “[a] norma do art. 42 do Código Penal recebe da jurisprudência dos tribunais brasileiros uma leitura mais alargada para admitir a detração do período de prisão provisória, mesmo naqueles casos em que não se estabelece um vínculo causal entre o motivo da prisão cautelar e o fato ensejador da condenação. Isto naquelas

finais de semana e feriados. A respeito desta última hipótese, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que, embora inexista “*previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena*”, “*o período de recolhimento noturno, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem*”¹⁷⁵⁸.

Como tem demonstrado a experiência jurisprudencial brasileira nos últimos anos, o Poder Judiciário está autorizado a corrigir, na análise dos casos concretos, as insuficiências do regramento legal da detração, tanto por meio da técnica de interpretação extensiva da disposição contida no art. 42 do CP, como também pelo preenchimento de vazios normativos por meio do emprego da analogia *in bonam partem*.

Em sentido contrário a essa tendência de ampliação, por meio da analogia, do âmbito de incidência da detração, a decisão proferida pelo STF no exame das medidas cautelares no âmbito da ADPF 347 indeferiu todos os pedidos que pretendiam ampliar o escopo da detração para nela incluir uma cláusula geral de compensação punitiva em decorrência das violações aos direitos dos presos. O Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF, propôs que o Tribunal reconhecesse que “*como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão (reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade*”¹⁷⁵⁹. O Tribunal, entretanto, se recusou a afirmar que o *estado de coisas institucional* do sistema prisional deveria ser considerado pelos juízes na fixação da pena e no exame dos pedidos de concessão de benefícios da execução penal.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, deferia em seu voto duas medidas cautelares que funcionavam como uma admissão geral dos equivalentes funcionais da pena, determinando

situações fáticas em que o delito pelo qual o agente se acha condenado for anterior à prisão provisória (ou cautelar) em processo que resultar na absolvição do réu” (STF, RHC 110.576/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, *in* DJ de 26.6.2012). Cf., ainda, STJ, HC 270.808/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 15.05.2014).

¹⁷⁵⁸ STJ, HC 380.369, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 27.09.2017.

¹⁷⁵⁹ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

*“aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal” e também “aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo”*¹⁷⁶⁰.

Embora o Relator tenha acatado esses pedidos mais gerais, indeferiu os pedidos que dariam maior concretude e operacionalidade às noções de equivalentes funcionais da pena e de compensabilidade das restrições de direitos com carga punitiva na pena a ser cumprida:

O requerente formula dois últimos pedidos da espécie, envolvendo o tempo de prisão: o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, uma vez constatadas as condições desumanas do sistema carcerário, e o abatimento do tempo de prisão pelo mesmo motivo. Tenho-os como insubsistentes.

Em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto.¹⁷⁶¹

A recusa do Tribunal em admitir que as graves violações aos direitos dos presos brasileiros deveriam refletir no redimensionamento da pena se baseou em diversos fundamentos. O Ministro Edson Fachin se limitou a afirmar que deixava de conceder a medida cautelar em relação aos pedidos que pretendiam o reconhecimento do direito à compensação na pena das restrições ilegítimas de direitos fundamentais sofridas pelos presos brasileiros uma vez que eles seriam oportunamente analisados no momento do julgamento do mérito da ADPF. Já o Ministro Luís Roberto Barroso, embora tenha indicado concordar com as premissas gerais de que a pena cumprida em condições degradantes deveria gerar um direito à compensação punitiva, também indeferiu todos os pedidos cautelares que buscavam o reconhecimento desse direito por meio de uma decisão com efeito vinculante do STF:

A medida cautelar referida na letra "c" pede que se determine aos juízes que considerem o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro, no momento da concessão de cautelares penais, no momento da aplicação da pena, e durante o processo de execução penal. Também aqui, Presidente, eu interpreto este pedido cautelar da letra "c" como uma boa e necessária recomendação aos órgãos do Poder Judiciário. É preciso levar em conta que o sistema está sobrecarregado, que o Sistema não ressocializa, que o sistema embrutece. Porém, acho que já decorre do sistema jurídico esse dever dos juízes, e também não veria razão para verter essa

¹⁷⁶⁰ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

¹⁷⁶¹ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

determinação em uma ordem cautelar. É certo que, muitas vezes, os juízes não levam isso em conta, pois estou aqui reafirmando que devem levar isso em conta, mas não sob a forma de medida cautelar vinculante, ensejadora de reclamações.

Em relação à letra "d", os juízes devem aplicar, sempre que viável, penas alternativas à prisão. Penso que há uma certa semelhança com a letra "a" e, pelas mesmas razões, eu não estou deferindo essa cautelar. Reitero, todavia, que estou de acordo com a proposição que nela se contém de que, muitas vezes, o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável.

Para reparar isso, numa ação de reparação de dano, da Relatoria do eminente Ministro Teori Zavascki, eu propus que o modelo de indenização fosse um modelo que se materializasse em diminuição da pena, em remição de pena, em vez do pagamento de valores pecuniários. A Ministra Rosa Weber pediu vista para estudar mais adequadamente essa complexa questão. Desse modo, em relação à letra "d" e também às letras "e" e "f", penso que o eventual abatimento de tempo só poderia se dar a título de remição de pena, como observou o Ministro Marco Aurélio. Quer dizer, o Juiz não pode, como regra geral, fugir das regras de progressão de regime e de fixação de pena que constam da legislação. Porém, eu repito, havendo pedido de reparação que, a meu ver, deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena.¹⁷⁶²

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, nesse ponto, apresenta alguns aspectos bastante interessantes. Em primeiro lugar, percebe-se uma cautela do Ministro em relação ao deferimento dessas medidas cautelares por uma razão de ordem pragmática: o descumprimento dessas determinações por juízes e Tribunais ensejariam o cabimento de reclamação constitucional e isso poderia criar um ambiente propício a fazer do STF um órgão de revisão geral de todas as decisões criminais do país. Essa preocupação não é irrelevante. De fato, uma decisão judicial proferida pelo STF no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade que determinasse que todos os juízes criminais brasileiros considerassem o *estado de coisas inconstitucional* no momento da determinação da pena e dos benefícios da execução penal – afirmando uma cláusula geral de compensabilidade da violação de direitos no tempo e no modo de cumprimento da pena – poderia incitar o abuso na utilização da reclamação constitucional como mecanismo de revisão de toda e qualquer sentença condenatória ou decisão no âmbito da execução da pena. Essa preocupação legítima de ordem pragmática pode ser contornada por outros meios que não impeçam o avanço da jurisprudência no sentido da incorporação definitiva da noção de equivalentes funcionais da pena e da afirmação do direito à compensação na pena das restrições de direitos fundamentais sofridas pelos indivíduos como resposta ao cometimento do delito. Tal direito à compensação fica ainda mais evidente na medida em que essas restrições sejam ilegítimas e praticadas diretamente pelo Estado, como as que resultam da violação de direitos na execução da pena em razão do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional.

¹⁷⁶² STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

É necessário garantir que o STF avance no sentido do reconhecimento de um direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais praticados pelo Estado sem criar, com isso, um sistema de ampla revisão das decisões criminais pelo STF pela via da reclamação. De um lado, o STF já possui uma jurisprudência bastante restritiva quanto ao cabimento da reclamação constitucional, da qual resulta: “i) a impossibilidade de utilização *per saltum* da reclamação, suprimindo graus de jurisdição; ii) a impossibilidade de se proceder a um elastério hermenêutico da competência desta Corte, por estar definida em *rol numerus clausus*; e iii) a observância da estrita aderência da controvérsia contida no ato reclamado e o conteúdo dos acórdãos desta Suprema Corte apontados como paradigma”¹⁷⁶³. Isso significa, em linhas gerais, que não caberia reclamação contra decisões judiciais que, interpretando a decisão proferida pelo STF no âmbito da ADPF, indeferissem a compensação punitiva por entender que, em determinado caso concreto, não haveria violação a qualquer direito fundamental do preso. Também não caberia reclamação constitucional para questionar o modo pelo qual o juiz procedeu à compensação punitiva em cada caso concreto. Somente se admitiria reclamação na hipótese excepcional de a decisão questionada negar peremptoriamente o cerne da decisão proferida pelo STF e entendesse que, mesmo diante da comprovada violação aos direitos do preso, não seria cabível qualquer tipo de redimensionamento (qualitativo ou quantitativo) da pena. Nesse caso de relutância explícita em seguir a orientação jurisprudencial do STF se poderia cogitar do cabimento da reclamação apenas para cassar o ato judicial e consequente determinação de reexame da matéria à luz do precedente firmado no controle concentrado de constitucionalidade.

Mesmo nesses casos excepcionais de chapada afronta à decisão do STF, parece ser necessário reconhecer que o Tribunal pode limitar expressamente o cabimento da reclamação em certas circunstâncias, especialmente quando a decisão dotada de efeito vinculante tiver potencial para atingir um número muito expressivo de casos. A modulação dos efeitos da decisão proferida pelo próprio STF não está limitada ao aspecto temporal. Pelo contrário, o Tribunal dispõe de ampla liberdade para conformar os aspectos processuais da sua própria atuação, que decorre dos poderes implícitos da Corte Constitucional¹⁷⁶⁴. Sem reconhecer que a

¹⁷⁶³ STF, Rel 32797, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 13.12.2018.

¹⁷⁶⁴ Aplica-se, *mutatis mutandis*, a lição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal assim formulada pelo Ministro Celso de Mello: “Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, p. 312, item n. XI, 18ª ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos

conformação dos efeitos das decisões do STF decorre dessa cláusula geral de poderes implícitos do Tribunal Constitucional, sem a qual não se pode esperar um eficiente controle de constitucionalidade das leis¹⁷⁶⁵. Patrícia Rodríguez Patrón, com base na lição de Roth¹⁷⁶⁶, assinala que a doutrina alemã tem expressado a ideia de que a especial posição da Corte constitucional – considerada a natureza da relação com os outros órgãos do Estado e com os cidadãos – “*determina a atribuição ao Tribunal de poderes implícitos em relação à criação de soluções processuais*”¹⁷⁶⁷. A autora espanhola adverte, ainda, que os tais poderes implícitos entram em jogo somente quando sejam necessários para remediar os inconvenientes excepcionais e atípicos de certos pronunciamentos do Tribunal Constitucional, que não podem ser solucionados pelo legislador. É exatamente a situação ora examinada: o STF pode, com base nos seus poderes implícitos, afirmar expressamente que não admitirá a utilização da reclamação constitucional para questionar suposta afronta à decisão que acolha, no julgamento da ADPF 347, os pedidos voltados a concretizar o direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais do apenado¹⁷⁶⁸.

da América, no célebre caso “McCULLOCH v. MARYLAND (1819) – enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” (STF, HC 94173, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 27.10.2009).

¹⁷⁶⁵ Se o Tribunal estivesse limitado pelo binômio rejeição/acolhimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade – isto é, se apenas pudesse anular a lei ou considerá-la constitucional – certamente estaria estrangido a reconhecer artificialmente a constitucionalidade de normas inconstitucionais em razão da impraticabilidade de eventual decisão anulatória. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional” (STF, ADI 1351, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 07.12.2006).

¹⁷⁶⁶ Rodríguez-Patrón afirma: “Es la opinión de W. Roth (1999), quien justifica así la posibilidad de dictar regulaciones transitorias en los pronunciamientos declarativos del TCF. Por contrario, considera este autor, los inconvenientes ordinarios y típicos de ese tipo de pronunciamientos no justifican la asunción de la competencia aneja de dictar normas transitorias por parte del Tribunal. En esos casos, la responsabilidad de remediar la situación le corresponde exclusivamente al legislador o a los poderes públicos correspondientes. El autor crea esta construcción para negar que el TCF pueda llevar a cabo tales regulaciones con apoyo en el par. 35 LTCF. Cuál es la diferencia en la práctica? Según Roth, si el Tribunal Constitucional se apoya en el par. 35 cuenta con un margen de discrecionalidad amplísimo sobre el “sí” y el “cómo” de la ejecución. En cambio, su discrecionalidad se ve recortada si se analiza la cuestión desde el principio de los poderes implícitos. Desde esa perspectiva, el TCF no puede regular de forma transitoria sólo por razones de conveniencia, sino sólo cuando inevitable.” (RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2003, p. 121-28).

¹⁷⁶⁷ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2003, p. 127.

¹⁷⁶⁸ São dois os pedidos que objetivam obter do STF o reconhecimento desse direito à compensação pela violação de direitos fundamentais: “e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as 70 previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (fruição de benefícios processuais); f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de

Há, ainda, outro aspecto relevante no voto-vogal proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso que merece ser melhor explorado, especialmente no julgamento do mérito da ADPF 347. É que o Ministro reconheceu que *“muitas vezes o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável”* e que essa situação o teria levado a propor, em outro julgamento, que o modelo de reparação do dano sofrido pelo preso nesses condições privilegiasse um sistema de diminuição da pena, a título de remição, que resultaria no abatimento do tempo de prisão. Por isso, em seu voto na MC da ADPF 347, afirmou que *“havendo pedido de reparação que, a meu ver, deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena”*¹⁷⁶⁹. A admissão dessa possibilidade de abatimento da pena em razão da violação de direitos na fase de execução constitui um passo importante para a consolidação dessa orientação jurisprudencial. Entretanto, não parece ser necessário adotar um regime processual rígido, como inicialmente cogitou o Ministro Luis Roberto Barroso, baseado no ajuizamento de ação de reparação de danos para o que o juiz efetue as devidas compensações na punição em função do reconhecimento da presença de certos equivalentes funcionais da pena. O direito à tutela judicial substancial exige que para cada tipo de violação ao direito à liberdade haja uma tutela jurisdicional adequada, de modo que o acesso à justiça deve ser o mais amplo possível, especialmente quando se trata de uma clientela hipossuficiente como os presos brasileiros. Os pedidos de compensação punitiva devem ser recebidos sem maiores formalidades, como, aliás, a própria jurisprudência brasileira admite em relação ao *habeas corpus*¹⁷⁷⁰. Não há qualquer razão para adotar requisitos processuais mais rigorosos para os pedidos de compensação da pena do que aqueles exigidos para o cabimento do *habeas corpus* já que é o direito à liberdade de locomoção que está em jogo.

Outro aspecto de grande relevância está na proposta formulada pelo Ministro Luís Roberto Barroso de admitir a compensação na pena decorrente da violação de direitos fundamentais dos presos. Essa proposta representou, no Brasil, a semente do desenvolvimento

forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (abrandamento do tempo de prisão)”.

¹⁷⁶⁹ STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

¹⁷⁷⁰ V., sobre o tema, SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O habeas corpus coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 25, n. 137, p. 287-319, nov. 2017.

jurisprudencial da teoria dos equivalentes funcionais da pena e do reconhecimento do direito à compensação punitiva resultante da imposição de restrições ilegítimas aos direitos dos apenados. Depois de sintetizar com precisão os direitos fundamentais dos presos que são sistematicamente violados pelo Estado, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que “[d]iante dessa situação calamitosa, é evidente que, na esmagadora maioria dos casos, mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação de liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade”¹⁷⁷¹.

Embora a proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso tenha se baseado na aplicação analógica da *remição* – e não na aplicação analógica da *detração*, como se propõe neste trabalho –, suas premissas sustentam adequadamente a ideia de que o cumprimento da pena em condições mais gravosas do que aquela estabelecida em lei revela um conteúdo punitivo autônomo que deve ser compreendido como pena em sentido amplo para fins de compensação punitiva:

Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano”¹⁷⁷², a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento.

[...]

O mecanismo de reparação de danos proposto, como se viu, é admitido no Direito Comparado, tendo sido adotado pela Itália e aprovado pela Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁷⁷³. Ao analisar o mecanismo, a CEDH concluiu se tratar de “uma

¹⁷⁷¹ STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

¹⁷⁷² Código Civil, art. 944.

¹⁷⁷³ As decisões de tribunais internacionais, além de importante fonte doutrinária, devem ser consideradas na interpretação constitucional a partir da lógica de uma integração discursiva entre as ideias, argumentos e soluções empregados. Como apontou Daniel Sarmento, “existe uma tendência crescente e positiva de invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado na interpretação constitucional. Hoje, as ideias constitucionais ‘migram’. Há uma positiva troca de experiências, conceitos e ideias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo” (SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Direito Internacional: diálogo e tensões. In: LISBÔA, Cândice (Org.). *Vulnerabilidades e Invisibilidades*. Belo Horizonte: Arraes, 2015).

reparação adequada em caso de más condições materiais de detenção”, com “*a vantagem inegável de contribuir para o problema da superlotação*”¹⁷⁷⁴.

109. No Brasil, muito embora a remição da pena como meio indenizatório ainda não tenha sido cogitada pelo Direito, ela é inteiramente reconduzível ao sistema normativo vigente, tanto em sua *lógica estruturante*, quanto em sua *forma e modo de execução*. É o que se passa a demonstrar.

110. Primeiro, sua *lógica estruturante* corresponde à ideia de que o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas em lei. Parece nítido que a situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral. Nesse sentido, a redução do tempo de prisão nada mais é do que o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento.

[...]

112. Segundo, no que se refere à sua *forma*, a remição da pena nada mais é do que um dos diversos mecanismos possíveis de reparação específica ou *in natura* de lesões existenciais. O preso confinado em celas superlotadas, insalubres e sem mínimas condições de vida digna experimenta inevitavelmente uma diminuição mais acelerada de sua integridade física e moral e de sua saúde. O tempo de pena vivido pelo preso nessas condições é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Assim, ao abreviar a duração da pena, o remédio cumpre o papel de restituir ao detento o exato “bem da vida” lesionado. É que nas palavras de Ana Messuti, o tempo é o “*verdadeiro significante da pena*”. A redução do tempo da condenação representa, assim, um remédio específico: a liberdade antecipada conquistada por meio do desconto da pena faz cessar as violações suportadas pelo preso no cárcere. O tempo de liberdade, fora das condições degradantes das prisões, torna-se, portanto, uma reparação muito mais efetiva que o dinheiro.

Nessa mesma oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso rejeitou o argumento de que a ausência de previsão legal constituiria óbice ao reconhecimento do direito à compensação punitiva. Para isso, lembrou que “*o direito processual penal tem admitido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais*”¹⁷⁷⁵. Além disso, o aspecto central mais relevante dessa proposta está no reconhecimento do direito à redução da pena em razão de restrições ilegítimas de direitos fundamentais sofridas pelos presos e a adoção de critérios objetivos para tornar essa ideia operativa. A divergência quanto ao fundamento legal do argumento analógico que permitiria a compensação da pena – o Ministro Luís Roberto Barroso defende que a analogia seria estabelecida a partir do instituto da remição enquanto este trabalho aposta na analogia com o instituto da detração – não parece produzir efeitos mais relevantes para a afirmação da tese jurídica na qual se baseia a ideia de equivalentes funcionais da pena e o regime de compensação punitiva por ela exigida.

¹⁷⁷⁴ CEDH, Caso *Rexhepi et al. v. Italie*, j. em 16.09.2014.

¹⁷⁷⁵ STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

A escolha da detração como instituto-base da argumentação desenvolvida no sentido da incorporação definitiva da noção de equivalentes funcionais da pena para a afirmação do direito à compensação na pena das restrições de direitos fundamentais sofridas pelos indivíduos como resposta ao cometimento do delito se baseia em duas razões principais. *Primeiro*, o instituto da detração parece ter maior proximidade com o problema enfrentado do que a remição. Esta tem por objetivo reduzir a pena com fundamento da ideia de *compensação constitutiva* ou *positiva* da culpabilidade, que se mostra presente naquelas hipóteses em que medidas ressocializadoras realizadas pelo apenado podem amenizar a utilidade da pena tal como definida pela sentença condenatória¹⁷⁷⁶. Já a detração tem por objetivo compensar a restrição de direitos fundamentais sofridas no curso do processo, como consequência de *compensação destrutiva* da culpabilidade. A sua *ratio* está bem mais próxima àquela da compensação na pena de qualquer tipo de restrição de direito fundamental, independente do momento em que ocorra (no curso do processo ou na fase de execução da pena). *Segundo*, os avanços já alcançados pela doutrina e jurisprudência no Brasil em relação ao tema da detração, inclusive com o uso da analogia, para ampliar seu alcance – como, mais recentemente, tem ocorrido com a detração resultante do cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – constituem um forte capital argumentativo para o reconhecimento amplo do direito à compensação na pena das mais diversas restrições de direitos fundamentais, especialmente aquelas impostas pelo próprio Estado como resposta à prática delitiva.

A virtuosa proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, embora não tenha sido acolhida pelo STF como modalidade preferencial de reparação por danos sofridos pelo preso, tem potencial para alterar a interpretação constitucional do instituto da detração, para nele fazer incluir a possibilidade de compensação das mais diversas formas de restrição de direitos fundamentais impostas aos investigados, réus e apenados, em qualquer fase da persecução criminal ou da execução da pena. O reconhecimento de que essas restrições

¹⁷⁷⁶ Nesse sentido, o voto proferido pela Ministra Rosa Weber: “Bem relembra, todavia, o Ministro Luís Roberto, a existência de antecedentes nacionais autorizadores da remição pelo estudo, historicamente concedida pelos Tribunais brasileiros antes de sua positivação no ordenamento pátrio. Em qualquer hipótese, observo que tanto a remição pelo estudo como a remição pelo trabalho, as duas categorias básicas citadas pelo art. 126 da Lei de Execuções Penais, pressupõem prática de **ato** pelo reeducando, indicativo de seu interesse na ressocialização. Trata-se de um *agir orientado* a fim positivamente valorado pela Lei de Execuções Penais. Ainda que o art. 126, § 4º, da LEP autorize remição ao preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou estudo, o que se tem na base do instituto é a vontade do interessado, interrompida por motivos alheios ocorridos enquanto este exercia tal autodeterminação” (STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017).

possuem carga aflitiva equiparável à da pena (equivalentes funcionais da pena) constitui passo essencial para a consolidação de uma cultura de respeito aos direitos fundamentais no campo penal, produzindo, ainda, enorme potencial para impactar positivamente o grave problema da superlotação carcerária no Brasil. O esforço para converter a prisão em medida de *ultima ratio* deve se dirigir não apenas à definição da pena definitiva, mas deve abranger também a prisão preventiva, tal como desenvolvido a seguir.

9.3 A prisão provisória como *ultima ratio*: a liberdade no curso do processo

Em junho de 2017, o número de presos provisórios no Brasil chegou ao patamar de aproximadamente 300 mil pessoas. Apesar dos esforços empreendidos tanto pelo legislador como pelo Judiciário para reduzir o grau de encarceramento provisório, não só o número de presos provisórios não para de crescer como a sua proporção em relação ao total de presos tem se elevado nos últimos anos. Depois de pequena redução da proporção de presos provisórios no ano de 2014 – em relação ao ano de 2013, quando se atingiu a marca de 38,3% do total da população carcerária, esse percentual voltou a crescer e atingiu, em meados de 2017, o patamar de 40%¹⁷⁷⁷. Considerando que cerca 37% dos presos provisórios não recebem penas privativas de liberdade ao final do processo, é possível cogitar, com certa margem de segurança, que, no dia de hoje, mais de 100 mil pessoas se encontram presas provisoriamente aguardando uma sentença que não lhes aplicará pena de prisão. Esse dado, por si só, mostra a urgência com que se deve tratar o endêmico *hiperencarceramento provisório* no Brasil. O excesso de prisão provisória no Brasil não é apenas uma das principais causas da superlotação das cadeias, mas fonte de violação sistemática da presunção de inocência e do direito ao devido processo legal. Este item se propõe a identificar as principais causas desse problema e a desenvolver soluções – a partir da jurisdição constitucional – capazes de impulsionar de forma rápida e eficaz a significativa redução da quantidade de presos provisórios.

¹⁷⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de Gestão: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução De Medidas Socioeducativas – Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília, 2017, p. 11 e 12. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016. No mesmo sentido, a precisa observação de Rodrigo de Azevedo: “Apesar de representar uma pequena redução em relação à 2013, o crescimento do número de presos provisórios se manteve constante na última década, inclusive após a entrada em vigor da nova lei de cautelares no processo penal (Lei 12.403/11), que deu ao judiciário uma série de novas possibilidades para a garantia do andamento do processo, sem a necessidade da prisão do acusado, entre as quais o monitoramento eletrônico” (DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Reformas da Justiça Penal no Brasil – A Democratização Inacabada. *Acta Sociológica*, v. 72, jan.-abr. 2017, p. 43-69, p. 47-48).

A Lei 12.403/2011, que criou as medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, foi aprovada com o objetivo de reverter o dramático quadro de crescimento vertiginoso do número de presos provisórios no país. Apesar dos esforços do legislador para mudar essa realidade, as pesquisas de monitoramento da política pública instituída por essa lei mostram que a criação de um novo sistema de medidas cautelares alternativas à prisão não reduziu o encarceramento cautelar no Brasil. Ao contrário, apesar de alguns resultados positivos produzidos pela progressiva introdução das audiências de custódia após as prisões em flagrante¹⁷⁷⁸, tanto em números absolutos como em termos proporcionais a população de presos provisórios cresceu desde a entrada em vigor da Lei 12.403. Remanesce o uso abusivo da prisão preventiva pelo Judiciário brasileiro, mesmo depois da instituição da política pública que ampliou a lista das medidas cautelares penais.

O fracasso dessa política pública pode ser demonstrado de duas formas principais: (i) a prisão preventiva continua sendo utilizada largamente como a principal medida cautelar penal, ao passo que as medidas cautelares alternativas, instituídas pela Lei 12.403/2011, não foram incorporadas à prática do sistema de justiça criminal, ou, pior, ao invés de se prestar à substituição da prisão preventiva, a lei produziu a utilização indiscriminada de medidas cautelares nos casos em que, antes da lei, nenhuma cautelar era decretada¹⁷⁷⁹; e (ii) a prisão preventiva continua sendo aplicada a uma significativa parcela de acusados aos quais o Judiciário, ao final do processo, aplica penas restritivas de direito, quando não os absolve. Depois de mais de cinco anos de vigência da política pública de redução do encarceramento cautelar instituída pela Lei 12.403/2011, verifica-se a necessidade de aperfeiçoamento das condições de sua implementação pelo Poder Judiciário.

A seguir, são identificadas duas causas da perpetuação da cultura judicial de encarceramento provisório em massa, bem como uma possível solução para cada uma delas,

¹⁷⁷⁸ Os números se mostraram bastante expressivos: das 74,864 audiências realizadas, 35,067 dos casos resultaram em liberdade (46.84%) e 39,797 dos casos resultaram em prisão preventiva (53.16%). V. BRASIL. Ministério da Justiça/Departamento Penitenciário Nacional, *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

¹⁷⁷⁹ O triste prognóstico feito por Aury Lopes Junior precisamente nesse sentido nos primeiros dias de vigência da lei: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Saraiva, São Paulo, 2012, 148 p. – acabou se confirmando.

todas passíveis de implementação pelo Judiciário – notadamente pelo STF –, sem necessidade de reforma legislativa, para o fim de atingir a pretendida ruptura com a prática judicial de utilização abusiva da prisão preventiva.

9.3.1 Um panorama do quadro atual: o fracasso da efetivação da política pública de redução do encarceramento cautelar

De acordo com estatísticas do *InfoPen*, colhidas dois anos antes da reforma legislativa no sistema de medidas cautelares processuais, o Brasil contava, em julho de 2009, com 469.807 homens e mulheres encarcerados, sendo que, do total, 149.514 estavam presos provisoriamente. Em dezembro do mesmo ano, 164.683 presos, do total de 496.251 encarcerados no Brasil, eram provisórios. Tinha-se um quadro geral de excesso (abuso) cautelar em que mais de um terço dos investigados/réus em procedimentos criminais cumpriam medida cautelar de prisão antes da conclusão dos processos judiciais (31,8% e 33,2% em julho e dezembro de 2009, respectivamente)¹⁷⁸⁰.

Mais preocupante ainda era o fato de que parte considerável dos presos provisórios, ao final do processo, recebia penas alternativas ou sanções corporais menos graves que a medida de prisão preventiva (cuja execução se dá com encarceramento total equivalente ao cumprimento de pena em regime fechado) cumprida ao longo do processo. Na pesquisa realizada em conjunto pelo o Ministério da Justiça e pelo IPEA, verificou-se que, em 65,2% dos processos selecionados com trânsito em julgado em 2011, os investigados já estavam presos quando da instauração do inquérito policial e que 59,2% haviam sido presos em flagrante. Por outro lado, dos réus que cumpriram prisão provisória, 37% sequer foram condenados à pena de prisão: 17,35% foram absolvidos e 9,4% foram condenados ao cumprimento de penas alternativas; em 3,6% dos casos, operou-se a prescrição e, em igual proporção, a denúncia foi arquivada. Com efeito, a quantidade de presos provisórios que, ao final do processo, não receberam pena de prisão revelava “o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”¹⁷⁸¹.

¹⁷⁸⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. *Quadro geral (junho e dezembro de 2009)*. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Brasília, 2009.

¹⁷⁸¹ É importante registrar que, já nessa época, a liberdade não era obstáculo à conclusão dos processos criminais, tendo em vista que se mantinha alto o percentual de sentenças de mérito proferidas em casos em que os réus responderam o processo em liberdade (72,45), quando comparado ao percentual de sentenças de mérito nos casos em que os réus cumpriram prisão provisória (92,8%). V. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A*

Pensava-se, então, que a inexistência de medidas cautelares alternativas à escolha binária entre decretação de prisão provisória e concessão de liberdade provisória fosse uma das causas para o excesso de encarceramento cautelar. Nesse contexto, objetivava-se com a aprovação da Lei 12.403/2011 oferecer uma resposta legal ao quadro de flagrante violação aos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade no tratamento das medidas cautelares de natureza penal. A reforma legislativa abandonou o sistema “bipolar” – prisão ou liberdade provisória – e passou a trabalhar com várias alternativas à prisão, viabilizando uma saída para o gravíssimo quadro de crescimento vertiginoso da população de presos provisórios no país. Duas mudanças trazidas pela lei foram cruciais para a formulação da política pública: (i) a prisão preventiva passa a ser expressamente uma medida excepcional, cabível apenas quando outras medidas cautelares menos gravosas não puderem ser aplicadas pelo juiz (nova redação dos arts. 319 e 321 do CPP); (ii) a prisão preventiva somente poderá ser aplicada quando o acusado responde por crime doloso cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos (inciso I do art. 313 do CPP).

Entretanto, os estudos de monitoramento da implementação da política pública instituída pela lei demonstram que seus objetivos não têm sido alcançados. Com efeito, o *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*, estudo realizado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apurou, em 2014, a existência de mais de 230 mil presos provisórios no sistema carcerário, o que representa 41% do total de 563.526 presos no Brasil¹⁷⁸². Houve, portanto, um aumento do número absoluto de presos provisórios no Brasil, bem como da sua proporção em relação ao total de encarcerados no sistema, em comparação ao ano de 2009. No período de 2009 a 2014, houve um incremento de mais de 80 mil presos provisórios no sistema, o que elevou em quase 10% o percentual de presos provisórios em relação ao total da população carcerária. Em dezembro de 2016, segundo

aplicação de penas e medidas alternativas. Relatório de pesquisa – sumário executivo. Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Secretaria de Assuntos estratégicos da Presidência da República Federativa do Brasil, Ministério da Justiça. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-anexos/pmas_sum-executivo-final-ipea_depen-24nov2014.pdf>. Acesso em: 15 ago. de 2016.

¹⁷⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 15 ago. de 2016. Esses dados não levam em consideração a quantidade de presos cumprindo prisão domiciliar.

dados divulgados pelo CNMP, a proporção de presos provisórios permanece inalterada em cerca de 40% do total da população carcerária¹⁷⁸³. Esse mesmo patamar se manteve em 2017, conforme dados divulgados pelo Ministério da Justiça¹⁷⁸⁴. Ainda que se cogitasse a hipótese de que a elevação do número de presos provisórios teria ocorrido em razão do crescimento da população carcerária como um todo, o fato é que a proporção de presos provisórios cresceu consideravelmente no período, a despeito da entrada em vigor, no ano de 2011, da Lei 12.403¹⁷⁸⁵.

Em síntese, os dados colhidos nas pesquisas acima citadas autorizam a conclusão de que a política pública de redução do encarceramento cautelar instituída pela Lei 12.403/2011 não atingiu seu objetivo principal: a prisão preventiva continua a ser utilizada com absoluta primazia pelo sistema de justiça criminal¹⁷⁸⁶. As medidas alternativas à prisão preventiva têm sido aplicadas apenas residualmente. Ao invés de substituírem o uso da prisão preventiva, as medidas cautelares passaram a ser utilizadas em situações nas quais o réu respondia ao processo em liberdade sem aplicação de qualquer medida cautelar¹⁷⁸⁷. Mais grave ainda é notar que o

¹⁷⁸³ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2016, p. 19.

¹⁷⁸⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁷⁸⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Op. cit. No mesmo sentido: BAIRD, Marcello Fragano; FERNANDES, Márcia Adriana; POLLACHI, Natália. *Monitorando a aplicação da Lei das Cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo*. Instituto Sou da Paz e Associação pela Reforma Prisional. 2014. Disponível em: <http://soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf>. Acesso em: 13 set. de 2016.

¹⁷⁸⁶ Segundo pesquisa de 2017 do CNJ, “[d]os seis estados pesquisados, em todos eles houve crescimento do percentual de presos provisórios no sistema no período de dezembro de 2015 a junho de 2016. O Distrito Federal passou de 21,3 para 24%, a Paraíba de 39,9 para 42%, o Rio Grande do Sul de 34,5 para 38%, Santa Catarina de 23,6 para 36%, São Paulo de 29,2 para 32% e Tocantins de 37,8 para 39%. Estes dados colocam em questão a efetividade da Lei das Cautelares e das Audiências de Custódia para o objetivo de redução do número de presos provisórios no país” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de Gestão: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução De Medidas Socioeducativas – Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília, 2017, p. 13. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016).

¹⁷⁸⁷ Neste sentido, tem razão Salo de Carvalho ao sugerir que as medidas alternativas à prisão preventiva acabam não produzindo o resultado de reduzir o número de presos, sendo utilizadas como argumento retórico para a legitimação do encarceramento provisório: “Assim, fundamental perceber que as medidas descarcerizadoras devem ser vistas como importantes mecanismos de desinstitucionalização, sendo sua aplicação inegavelmente mais vantajosa do que qualquer forma de aprisionamento. O problema que se coloca na investigação, porém, é o de até que ponto os substitutivos penais efetivamente diminuem o impacto do cárcere sobre os grupos vulneráveis/criminalizados, ou seja, se as alternativas são efetivamente incorporadas pelos sistemas político-

percentual de presos provisórios no sistema carcerário brasileiro aumentou significativamente nos anos que seguiram à aprovação da Lei 12.403. A irracionalidade do sistema fica escancarada na medida em que se verifica uma parcela bastante elevada dos presos provisórios sequer recebe como sanção definitiva uma pena de reclusão em regime fechado. Nesses casos, os réus respondem ao processo presos e são colocados em liberdade no momento da sentença.

9.3.2 A tentativa de implementar a política de redução do encarceramento provisório no Brasil por meio da ADPF 347: o reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional* e a insuficiente atuação do STF

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC-ADPF) nº 347, no ano de 2015, proclamou a existência de um *estado de coisas inconstitucional* no âmbito do sistema carcerário brasileiro ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos. Essa realidade é causada pela reiterada inércia dos Poderes Públicos e é agravada pela chamada *cultura do encarceramento* persistente no país.

A petição inicial da ADPF 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e elaborada pela Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, defendeu a tese de que a prática judicial vigente quanto ao tema das prisões provisórias contribui para a formação desse *estado de coisas inconstitucional*. O fracasso da política pública de redução do encarceramento cautelar instituída pela Lei 12.403/2011 foi expressamente citado na petição inicial da ação como causa da grave situação de desrespeito aos direitos fundamentais dos presos no Brasil. Como forma de superar o insucesso da política pública de redução do encarceramento cautelar, a inicial da ADPF defendeu a necessidade de pronunciamento do STF afirmando a necessidade de expressa fundamentação judicial, nas decisões que decretam prisões preventivas, para a não aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP.

Como reação ao estado de coisas inconstitucional, porém, o STF determinou apenas a realização de audiências de custódia e a liberação de recursos contingenciados do Fundo

legislativo, jurídico e executivo como alternativas à prisão (e também ao processo penal) ou se constituem aditivo de ampliação do controle social punitivo retroalimentador da prisão” (CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47).

Penitenciário Nacional. A Corte indeferiu, assim, o pedido cautelar deduzido na ADPF para que o STF determinasse *“a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal”*. A virtuosa iniciativa do legislador brasileiro consubstanciada na aprovação da Lei 12.403 não produziu os resultados previstos em razão da impermeabilidade da magistratura brasileira ao novo marco legal. As medidas alternativas à prisão preventiva não são utilizadas em maior escala porque o sistema de justiça criminal não abandonou a crença de que somente a prisão preventiva pode realizar adequadamente as funções cautelares de proteção da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal (art. 312 do CPP). No julgamento da medida cautelar na ADPF 347, o STF perdeu, assim, importante oportunidade de reconhecer a parcela de culpa do Judiciário na formação desse *estado de coisas inconstitucional* do sistema carcerário do país, especialmente no que diz respeito ao tema da prisão preventiva.

9.3.3 Duas causas do fracasso da política pública de redução do encarceramento cautelar

Entre as causas do fracasso da política pública instituída pela Lei 12.403/2011, especialmente no que diz respeito ao objetivo de reduzir o encarceramento cautelar no Brasil, destacam-se duas: (i) o controle deficiente, por parte do STJ e do STF, da motivação das decisões que decretam diretamente a prisão preventiva, sem examinar de forma específica o não cabimento das outras medidas cautelares alternativas; e (ii) a ausência de confrontação das medidas cautelares com o resultado de uma provável condenação, com base em uma eventual dosimetria hipotética da pena para se aferir a proporcionalidade da medida cautelar de prisão em face da futura provável sanção definitiva.

9.3.3.1 O controle deficiente da falta de fundamentação das decisões judiciais que decretam prisões preventivas sem demonstrar o não cabimento das medidas cautelares alternativas

Como aqui já se disse, a reforma legislativa empreendida pela Lei 12.403/2011, com o propósito de compatibilizar a tutela processual com os ditames constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade, reforçou o caráter excepcional da prisão preventiva, condicionando seu cabimento à hipótese de *“se revelarem inadequadas ou insuficientes as*

medidas cautelares diversas da prisão” (art. 310, II, CPP). A partir do novo marco legal, o magistrado não tem autorização legal para, recebidos os autos de prisão em flagrante, imediatamente convertê-lo em prisão preventiva, mesmo diante do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*, se for cabível medida cautelar diversa da prisão e menos gravosa à liberdade de locomoção do indivíduo¹⁷⁸⁸.

A decisão que decretar a prisão preventiva será sempre motivada (art. 310, *caput*, e art. 315, CPP), inclusive, com a apresentação das razões que justificam o não cabimento de medida cautelar diversa e menos gravosa ao acusado. Repita-se: a motivação da decisão judicial que decretar a prisão preventiva deverá expor as razões que demonstrem a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares processuais menos gravosas ao direito de liberdade do réu, sob pena de nulidade. A jurisprudência do STF tem auxiliado a esclarecer o reforço de ônus argumentativo imposto aos juízes como exigência para a decretação da prisão preventiva a partir do novo marco legal: “*Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, (...) o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante*”. A conclusão dessa orientação jurisprudencial é de que “*a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais*”¹⁷⁸⁹.

Ocorre que o quadro retratado pelas pesquisas de monitoramento da efetivação da Lei 12.403 indica a precariedade do juízo de controle de legalidade das prisões em flagrante, as quais são quase que automaticamente convertidas em preventivas, e, o que é pior, sem a devida motivação. A conclusão de recente estudo do CNJ dá conta de que “*não foi possível perceber o pretendido rompimento do binômio prisão preventiva/liberdade provisória, sendo a prisão preventiva cotidianamente aplicada nos tribunais do país, muitas vezes sem que sequer se verifique o cabimento de medidas alternativas*”¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁸ A propósito, Aury Lopes Júnior: “As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado. Não sem razão, o PL n. 428/2001 foi ressuscitado com a assumida finalidade de amenizar o caos do sistema prisional brasileiro, que, superando os 500 mil presos, tem quase 50% de presos cautelares, ou seja, aproximadamente 200 mil prisões preventivas” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4. ed. – Saraiva: 2013, p. 146).

¹⁷⁸⁹ STF, HC 106446, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 20.09.2011; STF, HC 114098 Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 12.12.2012.

¹⁷⁹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de Gestão: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução De Medidas Socioeducativas – Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas –

O reforço de fundamentação da decisão judicial que decreta a prisão preventiva exigido pela Lei 12.403/2011 – já não basta demonstrar a presença dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, sendo necessário demonstrar o não cabimento das medidas alternativas (art. 319 do CPP) – deveria trazer como consequência a nulidade de qualquer decisão judicial que imponha a prisão preventiva sem analisar de forma específica a impossibilidade de aplicação das medidas alternativas. Ocorre que o STJ tem entendido que “*o juiz singular, ao decretar a prisão preventiva, não está obrigado a afastar expressamente o eventual cabimento de outra medida cautelar, pois, se decretou, fundamentadamente, a custódia preventiva do acusado, à luz de uma das hipóteses autorizadoras previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, é porque entendeu, de forma implícita, que não seria cabível qualquer das medidas cautelares alternativas à prisão*”¹⁷⁹¹. Quando não assume claramente que entende dispensável a motivação específica para a não aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva, precedentes do STJ e STF simplesmente afirmam a legitimidade da decisão que a decretou com base no reconhecimento da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva – do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti* –, o que, de igual modo, implica afastar o ônus de motivação específica quanto ao não cabimento das outras medidas cautelares¹⁷⁹².

A falta de demonstração da ineficácia das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP nem sempre implica, na jurisprudência brasileira, o reconhecimento da nulidade da decisão que decreta a prisão preventiva. Se a ausência de demonstração do não cabimento das medidas alternativas não produzir como consequência a nulidade do decreto de prisão preventiva, é evidente que prevalecerá, como tem ocorrido até os dias atuais, a chamada “*interpretação retrospectiva*”¹⁷⁹³, responsável pelo fracasso da política pública traçada pela Lei

DMF. Brasília, 2017, p. 31. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

¹⁷⁹¹ STJ, HC 243.357, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 28.08.2012.

¹⁷⁹² Nesse sentido, no âmbito do STJ, destacam-se, a título de exemplo, os seguintes precedentes: RHC 71.681, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. em 02.08.2016; RHC 72.117, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 28.06.2016; EDcl no RHC 63.174, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 28/06/2016. Na mesma linha, no STF: HC 132213 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 26.04.2016; HC 129463, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 29.09.2015.

¹⁷⁹³ A propósito, colha-se a lição de Luís Roberto Barroso: “Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed.. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 71).

12.403. O reconhecimento pelo STF e pelo STJ da nulidade das decisões que decretam prisões preventivas sem a correspondente demonstração da impossibilidade de aplicação das medidas alternativas pode “*induzir uma maior adesão voluntária às normas jurídicas e, no caso, às normas que cuidam da promoção de direitos fundamentais*”¹⁷⁹⁴. Se é verdade que não se pode prever com precisão o modo como esses estímulos impactam o resultado da política pública, o fato é que esse “*efeito da prevenção geral é relevante tanto mais quanto se observa uma tendência de objetivação da jurisprudência*”¹⁷⁹⁵. Daí porque o STF pode elevar drasticamente a adesão à política pública de redução do encarceramento provisório acolhendo o pedido deduzido na ADPF 347 para determinar “*a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal*”.

9.3.3.2 Ausência de dosimetria hipotética da provável sanção definitiva

Como se sabe, a prisão preventiva só pode ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, conforme dispõe o art. 313, I, do Código de Processo Penal. Ocorre que, a partir da interpretação literal desse dispositivo, entende-se ser suficiente, para eventual decretação de prisão cautelar, se tratar a hipótese de crime doloso ao qual se comina, em abstrato, a pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, o que acaba por favorecer a utilização indevida das prisões preventivas, tendo em vista que, não raro, as condenações tendem a se aproximar do mínimo legal e são fixadas de modo a serem cumpridas em regimes mais brandos (semiaberto ou aberto), ou, então, as sanções corporais são substituídas por penas alternativas – restritiva de direitos ou multa.

Está comprovado também que grande parte dos presos provisórios não chega sequer a receber na sentença definitiva uma pena privativa de liberdade. Não raras vezes, a prisão cautelar se apresenta como muito mais gravosa do que a própria condenação. Frequentemente, o remédio é mais amargo que a doença: a tutela processual (prisão cautelar) é mais danosa que o seu resultado (pena definitiva). Dessa forma, a única maneira de garantir a observância do

¹⁷⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 38.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 38-39.

princípio constitucional da proporcionalidade na utilização da medida cautelar de prisão é mediante a realização de uma dosimetria hipotética da provável pena a ser aplicada ao investigado/réu em caso de condenação, previamente à decretação da prisão preventiva, a fim de se averiguar a real proporcionalidade da medida empregada para a tutela do processo em relação a uma provável condenação¹⁷⁹⁶. Somente assim é que se poderá conter a utilização indevida das prisões preventivas, restringindo-as aos casos em que for provável a condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto (nos quais efetivamente o apenado é encarcerado). Essa proposta de impor como condição para a decretação da prisão preventiva a realização da dosimetria hipotética pode contribuir para excluir do triste quadro de encarceramento processual em massa os casos mais representativos de manutenção da prisão preventiva identificados pelo Instituto Sou da Paz e revelados no Manual do DEPEN¹⁷⁹⁷.

No entanto, a prática judicial consolidada não contempla esse tipo de dosimetria hipotética da futura sanção definitiva como condição para análise do cabimento da prisão preventiva, provavelmente porque os magistrados foram desincentivados a atuar dessa forma em razão do consolidado entendimento jurisprudencial de que *“é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética”*. Esse entendimento jurisprudencial foi sumulado no âmbito do STJ no ano anterior à alteração legislativa do regime legal das medidas cautelares processuais: *“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”*¹⁷⁹⁸. Além disso, o Supremo

¹⁷⁹⁶ Nesse sentido, Schietti observou que: “[b]em percebeu a Comissão de Juristas que, em tema de intervenção estatal na liberdade humana, uma das mais fiéis balanças a pesar os interesses conflitantes é a regra-princípio da proporcionalidade, que, na linguagem da Exposição de Motivos, significa «que o remédio não pode ser mais agressivo que a enfermidade». Em termos práticos, e entre outros efeitos derivados da observância desse princípio, cumpre ao aplicador da lei penal confrontar as medidas cautelares com o resultado de uma provável condenação, para se aferir eventual «excesso na dose», com a aplicação de medida cautelar mais grave que a pena decorrente de eventual sentença penal condenatória. Ademais, como dito no texto introdutório ao Projeto, ‘o recurso à prisão somente será legítimo quando outras medidas cautelares revelarem-se inadequadas ou insuficientes’” (CRUZ, Rogério Schietti Machado. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 183, jul.-set. 2009, p. 217.

¹⁷⁹⁷ Como já foi dito, é emblemática a manutenção das prisões preventivas nos seguintes casos: (i) nos crimes não violentos; (ii) nos casos em que a lei prevê a aplicação de fiança; (iii) para pessoas sem antecedentes criminais; e (iv) nas hipóteses de prisão de pequenos traficantes. V. BRASIL. Ministério da Justiça. Manual de gestão para alternativas penais: medidas cautelares diversas da prisão. PNUD. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Brasília, 2016, p. 16-17. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/manual-de-gestao-para-alternativas-penais-medidas-cautelares-diversas-da-prisao.pdf>>. Acesso em: 13 set. de 2016.

¹⁷⁹⁸ Súmula 438, Terceira Seção, j. em 28.04.2010. Precedentes: HC 30.368/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 10.08.2004; HC 53.349/BA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 03.08.2006; HC 69.859/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 12.12.2006; HC 85.137/PE, Rel. Min.

Tribunal Federal já reconheceu, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, a inadmissibilidade do reconhecimento de prescrição com base em pena hipotética¹⁷⁹⁹.

Sem sombra de dúvidas, referido entendimento jurisprudencial proibitivo do reconhecimento da prescrição em perspectiva inibe a realização de um exercício hipotético de proporcionalidade das medidas cautelares de prisão, o que contribui para a manutenção da cultura judicial de encarceramento provisório generalizado. Embora não se possa, segundo o marco jurisprudencial vigente, utilizar a dosimetria hipotética para fins de reconhecimento da prescrição em perspectiva, nada impede que os juízes utilizem essa técnica para evitar a decretação de prisão preventiva quando não for altamente provável a condenação do réu/investigado a uma pena privativa de liberdade.

9.3.4 Uma proposta para a redução do encarceramento provisório no Brasil

Os estudos de monitoramento demonstram que a política pública instituída pela Lei 12.403/2011, que prevê as medidas cautelares alternativas à prisão, não atingiu seu objetivo original de reduzir a enorme quantidade de presos provisórios no Brasil. Entre as causas do fracasso da política pública instituída pela Lei 12.403 – notadamente no que diz respeito ao objetivo de redução do encarceramento cautelar no Brasil –, destacam-se duas: (i) o controle deficiente, por parte do STJ e do STF, da motivação das decisões que decretam diretamente a prisão preventiva, sem examinar de forma específica o não cabimento das outras medidas cautelares alternativas; e (ii) a ausência de confrontação das medidas cautelares com o resultado de uma provável condenação, com base em uma eventual dosimetria hipotética da pena para se aferir a proporcionalidade da medida cautelar de prisão em face da futura provável sanção definitiva.

Nesse contexto, o problema da utilização excessiva das prisões cautelares no Brasil só poderá ser solucionado ao se levar em consideração esses dois fatores. As soluções devem passar, portanto, pela interpretação conforme à Constituição do inciso I do art. 313 do CPP, no sentido de se condicionar a prisão preventiva aos casos em que seja provável a condenação de

Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 11.12.2007; HC 102.292/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 02.09.2008.

¹⁷⁹⁹ RE 602527 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19.11.2009.

privação de liberdade superior a 4 (quatro) anos, a fim de se garantir a satisfação do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares. Além disso, é cada vez mais urgente que o STF determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do CPP.

Como bem ressaltou Juarez Tavares em parecer que subsidiou a petição inicial da ADPF 347, “*a magistratura brasileira não é simples coadjuvante no processo de sistemática violação aos direitos fundamentais dos presos, senão seu elemento propulsor*”, uma vez que “*contribui ativamente para um projeto de ampla encarcerização – acionando voluntariamente a ordem jurídica vigente para estender, por via interpretativa, a aplicação de penas privativas de liberdade e de prisões cautelares –, ao mesmo tempo em que consente, ainda que por omissão, a ofensa, por parte do Estado, aos direitos mais básicos dos presos*”¹⁸⁰⁰. O fracasso da política pública de redução do encarceramento provisório no Brasil deve-se, fundamentalmente, ao desprezo da magistratura brasileira pelo novo marco legislativo. Se é assim, cabe ao órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, garantir que, no Brasil, o juiz somente poderá decretar a medida mais radical – a prisão preventiva – quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do indiciado ou acusado por meio das quais seja possível alcançar, com igual eficácia, os mesmos fins colimados pela prisão cautelar, demonstrada, em qualquer hipótese, a probabilidade de aplicação ao investigado/acusado, em caso de condenação, de pena privativa de liberdade.

¹⁸⁰⁰ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Parecer jurídico. *A Situação Carcerária no Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

CONCLUSÃO: OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL

O sistema penitenciário brasileiro é a síntese do maior crime contra os direitos humanos em curso atualmente no Brasil. Centenas de milhares de brasileiros estão neste momento submetidos a tratamento cruel e desumano (equivalente à tortura) nas cadeias brasileiras. Não há justificativa teórica ou pragmática para a complacência do Poder Judiciário com essa realidade. A maior dívida da jurisdição constitucional com a garantia dos direitos fundamentais no Brasil está justamente no déficit de controle das leis e práticas penais. O recente reconhecimento pelo STF do *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro não foi acompanhado da tomada de medidas eficazes para superar as múltiplas violações de direitos fundamentais a que os presos estão submetidos. Pelo contrário, essa decisão retrata fielmente o quadro geral de apatia do Judiciário, e particularmente do STF, em relação aos déficits de constitucionalização do direito penal: por trás de uma retórica de proteção de direitos fundamentais se esconde uma postura de tolerância com a crueldade de um sistema punitivo medieval. Por isso, é necessário e longo o trabalho para constitucionalizar o direito penal brasileiro.

O presente trabalho teve por objetivo apresentar um diagnóstico atual do modo de funcionamento real do sistema de justiça criminal, organizar as premissas teóricas que fundamentam a relação entre o direito penal e a Constituição e propor soluções para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional no campo penal. Pretende-se, em síntese, investir a jurisdição constitucional de um papel central no processo de constitucionalização do sistema de justiça criminal brasileiro.

A construção de soluções para os múltiplos problemas estruturais do sistema de justiça criminal brasileiro passa pela necessidade de um esforço conjunto e coordenado de todos os Poderes da República. Até agora, entretanto, o Judiciário não assumiu sua parcela de responsabilidade no problema. Embora o Judiciário não possa ficar inerte diante das omissões administrativas, a estrutura deficitária do sistema penitenciário é uma realidade com a qual todos os juízes devem trabalhar. Não se pode encaminhar o condenado para uma cadeia superlotada, insalubre e violenta e imputar a responsabilidade por esse estado de coisas exclusivamente ao Poder Executivo. O Judiciário é corresponsável pela manutenção de cada apenado no sistema prisional. A negação à dignidade dos presos no Brasil é resultado de uma

cultura que permeia a atividade dos atores do sistema de justiça criminal. Afinal, qual a justificativa possível para se tolerar, em um ambiente democrático, que seres humanos sejam amontoados em celas imundas, sem direito à alimentação, à saúde, à educação e ao trabalho? Por que o Judiciário não cria imediatamente uma “fila de saída” de presos para colocar em liberdade aqueles que já tenham cumprido maior parte da pena para acabar com a superlotação carcerária?

O presente trabalho defende que o Judiciário pode – e deve – capitanear um virtuoso processo de constitucionalização do direito penal no Brasil. A experiência comparada já oferece alguns caminhos possíveis. Eles passam pela renovação do papel de coordenação do Tribunal Constitucional na reformulação da política criminal, pela diversificação de técnicas decisórias e também pela intensificação do controle material e procedimental da constitucionalidade das leis penais. Essas iniciativas devem ser adaptadas à realidade brasileira para criar as condições institucionais para investir a jurisdição constitucional no papel de fonte propulsora das mudanças pelas quais o direito penal deve passar para entrar definitivamente na era do *constitucionalismo*. A seguir, a título de conclusão, resumo as mais relevantes premissas, ideias e propostas desenvolvidas ao longo desta tese.

O diagnóstico do funcionamento atual do sistema de justiça criminal apresentado no **Capítulo 1** deste trabalho tem três objetivos principais. O primeiro é demonstrar a urgência da constitucionalização do direito penal no Brasil. O segundo objetivo é apontar o elevado grau de responsabilidade do Judiciário pela violação massiva de direitos fundamentais de investigados, réus e presos brasileiros. A demonstração da corresponsabilidade do Poder Judiciário pelo caótico estado de coisas do sistema de justiça criminal serve para defender a tese de que a jurisdição constitucional, apesar de encontrar dificuldades para a concretização de suas decisões por outros Poderes, possui mecanismos eficientes para corrigir os principais equívocos interpretativos praticados pelos juízes criminais brasileiros. Por fim, o terceiro objetivo é permitir a identificação precisa dos direitos fundamentais ilegitimamente restringidos no sistema prisional brasileiro para tornar operativa a ideia de equivalentes funcionais da pena, desenvolvida no capítulo 9. O diagnóstico traçado neste capítulo permite avaliar as restrições de direitos fundamentais sofridas pelos indivíduos como resposta à prática do delito, tanto na fase do processo quanto da execução da pena, e operacionalizar a ideia de que todas elas devem ser objeto de compensação punitiva pelo juiz. Esse modelo flexível de redimensionamento da

pena a partir das condições concretas a que o réu ou apenado foi submetido pelo Estado exige um esforço de identificação de todos os direitos fundamentais restringidos ou violados durante todas as fases da persecução criminal, para que seja possível realizar as devidas compensações punitivas.

No **capítulo 2**, foi apresentada uma síntese da trajetória da literatura jurídica sobre os limites constitucionais do direito penal. A história da relação entre direito penal e direito constitucional foi contada até aqui, primordialmente, pela dogmática penal. De fato, foram os penalistas os responsáveis por apresentarem as mais conhecidas propostas teóricas de vinculação do direito penal à Constituição. Essas propostas concentraram os esforços de sistematização dos limites constitucionais do direito penal na tentativa de teorização sobre o *bem jurídico*. As correntes mais influentes da dogmática penal procuraram, cada uma a seu modo, delimitar o sentido da categoria jurídica do *bem jurídico* para dela extrair o conteúdo possível do direito penal. Contudo, defende-se neste trabalho que as Constituições democráticas não admitem a identificação de um rol exaustivo de bens jurídicos passíveis de tutela penal. Nas democracias contemporâneas, os poderes eleitos podem buscar realizar os mais diversos objetivos e finalidades não proibidos pelas Constituições. Por isso, ao contrário do que vem sendo defendido tradicionalmente pela dogmática penal, entende-se que o legislador pode, em princípio, eleger os mais diversos bens jurídicos para serem protegidos pelo direito penal.

Definitivamente, não existe, como pretenderam os mais influentes penalistas, um Código Penal pré-concebido dentro de cada Constituição, cujo conteúdo seria descoberto pelo intérprete com auxílio da *teoria do bem jurídico*. Não se admite que as leis penais sejam consideradas *aprioristicamente* inconstitucionais simplesmente por tutelarem bens jurídicos que não se identificam com direitos fundamentais ou com bens jurídicos de *status* constitucional. Isso não quer dizer que o legislador esteja livre para criar delitos sem bens jurídicos tutelados nem que possa tutelar os bens jurídicos de forma arbitrária. Como se procurou demonstrar no Capítulo 6, a teoria do bem jurídico recupera toda a sua funcionalidade no momento da submissão das leis penais ao juízo da proporcionalidade, já que o bem jurídico constitui elemento essencial dos juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No **capítulo 3**, depois de propor uma síntese do papel da jurisdição constitucional na democracia – proteger o regime democrático e seus fundamentos (entre os quais, sem dúvida,

se situam os direitos materialmente fundamentais) –, defendeu-se a ideia de que a importância dos direitos fundamentais restringidos pelo direito penal determinaria um controle mais intenso da constitucionalidade das leis penais pelos Tribunais constitucionais. Partindo da ideia de que incumbe à jurisdição constitucional proteger direitos fundamentais (e possibilitar o desenvolvimento do projeto democrático) e da constatação de que a forma mais grave de interferência estatal na esfera de liberdades individuais se dá por meio do direito penal, seria intuitivo que o ramo do direito que sofreria maior fiscalização – quantitativa (horizontal) e qualitativamente (vertical) – pelos juízes e Cortes constitucionais seria precisamente o direito penal. Isso por uma razão muito simples: se é por meio do direito penal que o Estado legitima a restrição à liberdade de locomoção dos indivíduos, incumbiria à jurisdição constitucional o controle das condições de legitimidade dessa gravíssima forma de restrição de direitos fundamentais. Contudo, a análise da jurisprudência do STF nos últimos 30 anos não confirma essa tendência.

A realidade, no campo penal, é contraintuitiva: a jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) e com baixo rigor (excessiva deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais. Para além da quase insignificante presença do direito penal e processual penal no controle concentrado de constitucionalidade e também no controle difuso realizado sob a sistemática da repercussão geral, há apenas pouco mais de uma dezena de decisões relevantes em matéria penal tomadas pelo Plenário do STF na vigência da atual constitucional em sede de *habeas corpus*. É verdade que, conforme reconhecido nesse capítulo, houve alguns avanços importantes. De um lado, o STF evoluiu significativamente no controle de constitucionalidade de leis penais na última década (especialmente frente ao princípio da individualização da pena). De outro lado, o Supremo abandonou o dogma da insindicabilidade constitucional das leis penais, o que abriu as portas para que novas ondas de constitucionalização do direito penal possam surgir nos próximos anos. Entretanto, é certo, também, que esses avanços não foram suficientes para evitar o aprofundamento da tragédia do sistema de justiça criminal brasileiro (notadamente do sistema penitenciário).

A jurisprudência do STF tem mantido, em geral, elevado grau de deferência ao legislador penal. O Tribunal tem enfatizado ao longo dos anos que o legislador conta com amplíssima margem para desenhar a política criminal – *i.e.* escolher os bens jurídicos que exijam proteção especial, definir a tipificação penal das condutas e estabelecer o conteúdo e a quantidade de sanção para cada delito. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal demonstrou,

em importante sequência de decisões, clara disposição para avaliar a legitimidade das leis penais sob a ótica do respeito aos direitos fundamentais. Um grupo relevante de decisões elevou o princípio da constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI) ao patamar de efetivo mecanismo de contenção da ampliação do poder punitivo.

Nesse quadro, a jurisdição constitucional brasileira tem mostrado certa ambivalência em relação ao controle de leis penais. Um conjunto importante de decisões aponta para a adoção de uma postura de extrema deferência ao legislador, dando maior peso aos fins perseguidos pelo legislador (metas coletivas) em detrimento da proteção dos direitos fundamentais. A reticência em julgar temas de grande relevância para o sistema de justiça criminal e a tolerância com as gravíssimas violações de direitos fundamentais de acusados e presos brasileiros também são sinais de uma postura de extrema – e em certa medida injustificável – *autocontenção* do STF no controle de constitucionalidade de leis penais. Entretanto, outro conjunto de decisões demonstra uma intensificação do controle de constitucionalidade no campo penal, principalmente em relação às graves restrições ao princípio da individualização judicial da pena.

O processo de *constitucionalização do direito penal* no Brasil é uma tarefa ainda em fase inicial de concretização. Um retrato atual do sistema de justiça criminal brasileiro não deixa dúvida quanto ao déficit de constitucionalização desse setor da vida nacional. O *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro é a síntese de um conjunto de múltiplas inconstitucionalidades que atingem não apenas as graves ilegalidades praticadas na execução das penas privativas de liberdade (inconstitucionalidade praticadas pela Administração Pública), mas também o conjunto de leis penais (inconstitucionalidade de normas) e seus modos de aplicação pelos juízes (inconstitucionalidade de determinadas interpretações judiciais das normas). A opção preferencial pela pena de prisão num contexto de absoluto colapso do sistema penitenciário e a tolerância à violação dos direitos fundamentais dos presos são sinais claros de que a promessa de constitucionalização do campo penal no Brasil fracassou. O direito constitucional brasileiro ainda não foi capaz de tornar operativas as normas constitucionais (especialmente os princípios constitucionais) no campo penal: a atividade legislativa nesse setor não encontra na Constituição, em regra, uma barreira eficaz contra violações a direitos fundamentais.

Por isso, defendeu-se que não se deve abrir mão da jurisdição constitucional como importante catalizador de um progressivo processo de *constitucionalização do direito penal*, tanto para elevar o baixo grau de racionalidade do sistema de justiça criminal, como também para garantir que os direitos fundamentais dos investigados, réus e apenados sejam levados a sério. A jurisdição constitucional é capaz de inserir a questão da intensificação da proteção de direitos fundamentais no campo penal na agenda nacional, reconhecer deveres de atuação dos três Poderes para tornar efetivos esses direitos fundamentais e também fazer cessar com rapidez as intoleráveis violações aos direitos dos investigados, réus e apenados.

No **capítulo 4**, procurou-se reconstruir criticamente a história recente da jurisprudência do STF em relação ao controle de constitucionalidade de leis penais. O princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI) foi o fundamento central com base no qual o STF declarou (i) a inconstitucionalidade da imposição legal de regime integralmente fechado para os crimes hediondos, (ii) a inconstitucionalidade da imposição legal obrigatória de regime inicialmente fechado para crimes hediondos e (iii) a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas. Em cada uma dessas decisões, como se viu, outros fundamentos tiveram alguma função acessória na definição desses resultados. O princípio da individualização da pena também teve papel relevante nas decisões que declararam (iv) a inconstitucionalidade da caracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo, (v) a constitucionalidade da proibição de concessão de suspensão condicional do processo e da pena para o crime militar de deserção, e (vi) a inconstitucionalidade da proibição de concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e de tráfico de drogas. As noções de que o princípio da individualização da pena não mais constituía mera recomendação política ao legislador, mas norma jurídica dotada de força normativa, e de que o princípio da proporcionalidade (e da razoabilidade) serviu como parâmetro para a contenção dos excessos legislativos foram peças fundamentais do novo arsenal argumentativo de que se serviu o STF para superar o dogma da insindicabilidade das leis penais.

Essa sequência de decisões resenhadas neste capítulo bem demonstra que o STF, sem desconhecer que o Congresso Nacional dispõe de ampla margem de configuração ou de discricionariedade no campo penal, passou a reconhecer que o legislador penal não goza de uma liberdade absoluta para conformar a política criminal. Superou-se o dogma de que a política criminal consubstanciaria uma *political question*, insuscetível de controle por parte da jurisdição constitucional. Como se viu, o STF construiu, nos últimos doze anos, orientação

jurisprudencial segundo a qual a competência do Congresso Nacional de criar tipos penais e lhes cominar o modo de punição encontra limites jurídico-normativos na Constituição, notadamente nos princípios e direitos fundamentais por ela consagrados. Esse processo de progressiva juridicização do direito penal passou a contar no Brasil com a jurisdição constitucional como mecanismo de controle da legitimidade dos atos legislativos no campo penal.

Ao final do capítulo, porém, defendeu-se que, embora todas as decisões de inconstitucionalidade estivessem corretas nos seus resultados, os fundamentos utilizados pelo STF se mostraram insuficientes. Uma reconstrução crítica dessa jurisprudência exige – para além do recurso ao princípio da individualização da pena – reconhecer que o limite material da legitimidade da restrição do espaço decisório do juiz para cominar a pena deve ser encontrado, em primeiro lugar, no princípio da culpabilidade. Assim, as medidas legislativas que pré-determinavam a escolha do regime prisional aplicável ao réu, independente da relevância ou da importância do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, da intensidade ou da gravidade do dano ou perigo de dano a esse bem jurídico, e, por fim, do grau de autonomia do indivíduo em face da conduta por ele praticada tendem a ofender o princípio constitucional da culpabilidade. Não há uma fórmula fixa ou apriorística de como equilibrar os momentos da individualização legislativa e judicial da pena. O primeiro deve deixar ao último um mínimo de espaço dentro do qual o juiz possa se mover para garantir o respeito, em cada caso concreto, do princípio da culpabilidade.

Não é só a conexão do princípio da individualização da pena com o da culpabilidade que deve ser levado em consideração na compreensão retrospectiva desse virtuoso desenvolvimento do STF no controle de constitucionalidade das leis penais. Sustentou-se que também o princípio da proporcionalidade passou a exercer papel fundamental como parâmetro de controle da legitimidade material das leis penais. Essa noção de *proporcionalidade das penas* é baseada na profunda ligação que o direito penal fruto do pensamento iluminista engendrou entre a gravidade da pena e a importância do bem jurídico afetado e o grau de sua afetação. A maior dificuldade em tornar operativo o princípio da proporcionalidade das penas deriva da inexistência de uma correspondência natural e objetiva entre a gravidade do delito e a quantidade da pena. Essa vinculação se estabelece, portanto, de forma convencional e contingente pela ordem jurídica. Por isso, o STF, na linha da experiência comparada, passou a efetuar o controle da legitimidade da resposta penal estabelecida pelo legislador para

determinado delito por meio da comparação sistemática dada pelo próprio legislador a diversos delitos tratados pela mesma lei. Essa é uma forma segura de averiguar a relação de proporcionalidade entre pena e delito tomando como referência a sanção prevista pelo legislador para outras condutas de gravidade similar.

Em síntese, a margem de atuação judicial na definição da pena não pode impedir o juiz de aplicar a sanção correspondente ao grau de culpabilidade – de acordo com o grau de autonomia do sujeito e a dosagem da gravidade pelo resultado de lesão ou de perigo ao bem jurídico, será fixada a pena-base dentro dos limites indicados nos respectivos tipos – e tampouco pode conviver com tratamento sancionatório desnecessário (mais grave do que aquele afirmado como necessário pelo próprio legislador no mesmo complexo normativo). A lei abstrata deve deixar espaço para a aplicação proporcional da pena em concreto, de acordo com o grau de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, com o tipo de participação real que o indivíduo teve na criação dessa lesão ou risco, e com os fatores individuais e sociais que determinam a maior ou menos exigibilidade de conduta diversa. Dessa interação entre os princípios da individualização da pena, da culpabilidade e da proporcionalidade das penas resulta um parâmetro material mais adequado para a verificação da constitucionalidade das leis penais que restringem o espaço decisório do juiz para fixação das penas e controle do seu progressivo cumprimento.

No **capítulo 5**, procurou-se demonstrar que o Brasil, na esteira da jurisprudência comparada, tende a realizar um controle brando ou leve da constitucionalidade das leis penais quando a teoria da jurisdição constitucional recomendaria uma intensificação desse controle, em razão da alta relevância axiológica dos direitos restringidos pelas leis penais. Essa intensificação do controle de constitucionalidade das leis penais produz duas consequências mais diretas: (i) ao abandonar um controle leve em favor de um controle intermediário ou intensivo, redistribui-se o ônus argumentativo, imputando ao legislador uma carga probatória de justificação das restrições aos direitos fundamentais resultantes das leis penais; (ii) a adoção de parâmetros mais rigorosos de controle da constitucionalidade das leis penais altera também o grau de deferência ao legislador, rejeitando uma postura de extrema *autocontenção* por uma maior *proatividade* na averiguação da legitimidade dessas leis.

Pretendeu-se demonstrar, ainda, que o STF não desenvolveu, até agora, uma orientação jurisprudencial sólida para diferenciar a intensidade do controle de constitucionalidade

incidente sobre as leis penais. Contudo, defende-se neste trabalho que o emprego de um critério graduável para averiguação da constitucionalidade das leis penais – *i.e.* leve, médio e estrito – apresenta vantagens para a determinação do âmbito de configuração do legislador, pois oferece clareza em relação a *quando* e *em que temas* o Tribunal deveria submeter a lei a escrutínios mais rigorosos ou exaustivos. O subdesenvolvimento desse tema pela jurisdição constitucional brasileira tem produzido, no campo penal, a adoção injustificada de níveis baixos de intensidade de controle de leis penais e a imputação errática de elevado grau de presunção de constitucionalidade a leis penais que restringem intensamente direitos fundamentais de minorias subrepresentadas e são produzidas por meio de processos deliberativos cuja qualidade é extremamente baixa.

A escolha do nível de intensidade de controle de constitucionalidade deve ser feita a partir da consideração de aspectos *materiais* – *i.e.*, determinação da importância dos direitos fundamentais restringidos e da intensidade das restrições – e *formais* – *i.e.*, grau de legitimidade democrática do órgão que produziu a lei, de representatividade dos grupos potencialmente afetados e também da qualidade da deliberação parlamentar. A adoção de uma postura de maior ou menor deferência ao legislador não deve ser fruto do acaso, de particularismos ou de visões subjetivas dos juízes. Nesse contexto, o estabelecimento de parâmetros capazes de identificar graus – leve, moderado e forte – de presunção de constitucionalidade de leis penais impacta decisivamente a intensidade do controle exercido pela jurisdição constitucional. Quanto mais extensa for a lista de direitos restringidos pela lei penal, quanto maior for a fundamentalidade material desses direitos, quanto mais a lei for diretamente dirigida a minorias estigmatizadas, quanto menor a quantidade e qualidade das informações que subsidiaram a aprovação da lei e quanto pior for a qualidade da deliberação parlamentar, menor deverá ser a presunção de constitucionalidade da lei. Por sua vez, quanto menor for o grau de presunção de constitucionalidade da lei, mais intenso será o controle jurisdicional da sua validade.

Entende-se que as leis penais devem se submeter, em regra, a um controle de constitucionalidade material intensivo (ou de escrutínio estrito). Esse é o modelo de controle que melhor se compatibiliza com a importância dos direitos fundamentais restringidos e com a intensidade dessa restrição, já que tem maior aptidão para oferecer adequado grau de proteção aos direitos fundamentais em face do legislador penal. Já o controle leve deve ficar, em geral, reservado para leis penais benéficas e para verificação da (in)constitucionalidade da omissão legislativa no campo penal. A contenção do poder punitivo pelo próprio legislador – nas

raríssimas vezes em que isso ocorre – deve ser controlada pelo Judiciário com o máximo grau de deferência. Por fim, o controle intermediário terá lugar, preferencialmente, no exame da constitucionalidade de leis penais que não imponham como pena (provável) a prisão. Afinal, não faz sentido defender a utilização da mesma intensidade de controle para leis que imponham pena (provável) de prisão e para leis que prevejam pena (provável) de simples restrição de outros direitos fundamentais. É a altíssima relevância axiológica da liberdade de ir e vir que justifica a construção de um parâmetro mais rigoroso de controle de constitucionalidade das leis que restrinjam esse direito fundamental. Se é certo que a não cominação da pena de prisão como sanção preferencial (provável) recomenda a utilização de um nível de intensidade do controle mais brando, a opção por um controle leve (ou de evidência) não seria compatível com o elevado grau de aflitividade (jurídica e social) que o processo penal e a sanção criminal (mesmo a de restrição de direitos) representam para o acusado.

A utilização de um controle material intensivo (ou de escrutínio estrito) em relação às leis penais que tenham alto potencial de restringir a liberdade de ir e vir não implica, contudo, a adoção uniforme de um mesmo grau de deferência ao legislador. Além do grau de realização – e também de restrição – dos direitos materiais envolvidos no caso, a jurisdição constitucional passa a valorizar também o grau de autoridade do órgão responsável pela criação da medida restritiva e o procedimento específico que foi por ele utilizado para esse fim. Nesse sentido, surgem propostas teóricas que procuram internalizar esses princípios formais na ponderação realizada no âmbito do princípio da proporcionalidade. Essas propostas que procuram enfatizar a interação entre princípios formais e materiais sugerem a necessidade de considerar não apenas a importância da realização de direitos materiais para o caso concreto, mas também razões de natureza formal que devem balizar a intensidade do controle judicial da constitucionalidade das leis.

No controle de constitucionalidade das leis penais, portanto, não basta considerar o grau de realização e de restrição dos direitos fundamentais envolvidos: será necessário levar em conta também a representatividade democrática e o conhecimento técnico dos órgãos responsáveis pela produção da lei, o grau de (in)certeza das premissas que a fundamentam, e até mesmo a importância que aspectos ligados à segurança jurídica e à previsibilidade têm no caso concreto. Esses elementos formais não apresentam a mesma importância em todos casos. É que o princípio formal, como qualquer princípio, tem dimensão de peso e comporta variados graus de realização. Essas possibilidades de concretização do princípio formal se apresentam

de forma gradual – não binária –, sendo possível identificar pelo menos dois grandes critérios de atribuição de peso a esse princípio: legitimidade democrática e capacidade técnica. Tudo isso serve para identificar com maior precisão e harmonizar de modo adequado (i) o grau de presunção de constitucionalidade das leis penais, (ii) a intensidade do controle jurisdicional dessas leis, e (iii) o peso extra que o princípio formal – legitimidade democrática e capacidade técnica ou institucional – deve ter no processo ponderativo que se desenvolve no controle de constitucionalidade de leis penais.

No **capítulo 6**, desenvolveu-se uma proposta de parametrização do controle material de constitucionalidade das leis penais. Para isso, propôs-se uma reorganização da forma de submissão das leis penais ao juízo de proporcionalidade, que, na versão desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem uma estrutura racionalmente definida e sub-elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) independentes, com significado próprio e ordem de aplicação pré-definida. A uniformização do sentido atribuído a esses subprincípios da proporcionalidade é imprescindível para conferir ao uso da proporcionalidade transparência, controlabilidade e previsibilidade. No teste da adequação, o objetivo é verificar se a medida restritiva de direito fundamental fomenta a realização de um objetivo legítimo. Essa primeira etapa do princípio da proporcionalidade engloba duas exigências: (i) a legitimidade do fim almejado pela medida restrita e (ii) a aptidão do meio adotado para contribuir de qualquer forma para a realização desse objetivo. O teste da necessidade – empregado apenas quando a medida restritiva se mostre adequada – consubstancia juízo de natureza comparativa: uma medida deve ser considerada necessária quando a realização da finalidade almejada não puder ser promovida, com, no mínimo, a mesma eficácia, por meio de outro meio que restrinja, em menor medida, o direito fundamental (ou interesse) por ela afetado. Essa segunda etapa da proporcionalidade – o juízo de necessidade – envolve duas exigências: (i) a idoneidade equiparada das medidas restritiva (principal) e alternativa, e (ii) a onerosidade reduzida da medida alternativa em comparação com a principal. Na terceira etapa da proporcionalidade – a proporcionalidade em sentido estrito – se realiza um sopesamento entre a intensidade da restrição provocada pela medida questionada e a importância da realização do interesse que é promovido com a sua adoção.

O uso do princípio da proporcionalidade tem aptidão para produzir uma mudança radical na relação entre a jurisdição constitucional e o direito penal. A baixa capacidade operativa da maior parte dos princípios constitucionais em matéria penal se deve, em grande medida, às

tentativas fracassadas de aplicá-los por mera subsunção ou apenas como referência retórica. A negação à natureza principiológica dos princípios constitucionais em matéria penal produz um quadro de paralisia eficaz dessas normas. A maior parte delas não passa de *proclamações retóricas*, sem utilização prática por Cortes e Tribunais constitucionais. A tentativa de construção de um volumoso arsenal teórico limitador do poder de punir estatal, proposto pela dogmática criminal até agora, resultou em um quadro de extrema apatia da jurisdição constitucional em relação ao legislador penal.

As vantagens da proposta de intensificar o controle material da constitucionalidade das leis penais por meio do princípio da proporcionalidade são muitas. *Em primeiro lugar*, o *status* constitucional do princípio da proporcionalidade é amplamente reconhecido no Brasil. *Em segundo lugar*, além do amplo consenso acerca do *status* constitucional do princípio da proporcionalidade, a sua utilização no controle da validade das leis penais apresenta outra vantagem: o juízo de proporcionalidade constitui metodologia dominante na jurisprudência comparada para a verificação da legitimidade constitucional das restrições de direitos fundamentais. *Em terceiro lugar*, o juízo de proporcionalidade funciona como ponto de encontro entre a doutrina penal e a doutrina constitucional, pois o emprego de uma metodologia compartilhada por outros ramos do direito ameniza a dificuldade decorrente da baixa presença de penalistas nas Cortes e Tribunais constitucionais. *Em quarto lugar*, a ampla aceitação do princípio da proporcionalidade por parte da jurisprudência do STF constitui importante incentivo para a sua utilização no controle de legitimidade das leis penais. *Em quinto e último lugar*, a enorme importância da proporcionalidade no controle da legitimidade das leis penais decorre do seu valor metodológico. Propõe-se substituir o caminho metodológico baseado em distinções binárias abstratas *a priori* – e.g., existência ou inexistência de bem jurídico tutelável e admissibilidade ou inadmissibilidade dos delitos de perigo abstrato – por uma metodologia que possibilite o exame, no caso concreto, do sopesamento realizado pelo legislador. Nesse momento, a importância dos interesses contrapostos, o grau de restrição de cada um deles, a probabilidade dessa restrição, a efetividade da norma incriminadora, a efetividade e os custos dos meios alternativos são elementos argumentativos examinados de forma transparente no juízo de proporcionalidade.

Partindo da subdivisão do juízo de proporcionalidade em três segmentos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, é necessário fixar dois pressupostos à sua aplicação ao controle de leis penais: (i) a verificação da colisão entre princípios constitucionais

no caso concreto e (ii) o exame da legitimidade constitucional do fim perseguido pela medida penal. Primeiro é preciso determinar quais são os direitos fundamentais *prima facie* afetados pela lei penal, tanto por meio da proibição contida na norma de conduta, como mediante a definição da classe e quantia da pena estabelecida na norma de sanção. Em caráter adicional, deve-se reconhecer que toda sanção penal possui uma conotação estigmatizante diferente daquela incorporada por sanções de outros ramos do direito.

A identificação dos direitos fundamentais restringidos pela lei penal – princípios que *prima facie* se apresentam contra a constitucionalidade da lei – consubstancia um juízo de singular complexidade. A decisão legislativa de proibir determinado comportamento sob ameaça de uma pena produz a afetação de diversas posições de direito fundamental (caráter pluriofensivo), que devem ser consideradas separadamente. Dessa forma, deve ser identificado, em primeiro lugar, o direito fundamental afetado pela proibição contida na norma de conduta (tipo penal). Em seguida, depois de identificar o direito fundamental restringido pela norma de conduta, devem ser identificados os direitos fundamentais restringidos pela norma de sanção, momento em que devem ser considerados: (i) os direitos fundamentais afetados pela classe da pena – a liberdade, no caso da pena privativa de liberdade, a propriedade, no caso da pena de multa; (ii) os direitos fundamentais que sejam necessariamente afetados como consequência do regime jurídico da execução da pena – no caso da pena prisão, são afetados, por exemplo, o direito à liberdade para eleger residência, o direito ao integral desenvolvimento da personalidade (pela limitação ao direito de organizar e dispor do próprio tempo), o direito à intimidade pessoal e familiar, o direito ao segredo das comunicações, o direito de receber informações, o direito de propriedade (em razão da limitação ao uso dos seus próprios bens) e o direito de reunião e associação; (iii) os direitos fundamentais cuja restrição seja uma consequência provável da aplicação da pena – no caso da prisão, há razoável probabilidade de que, no contexto brasileiro, os direitos ao trabalho, à saúde física e mental e à manutenção dos vínculos familiares e sociais sejam afetados em caráter geral; e, por fim, (iv) o direito à honra afetado pela aplicação da sanção penal, em razão do seu efeito estigmatizador, que dificulta a aceitação social do condenado e seu reconhecimento como igual por outras pessoas.

Uma vez identificados os direitos fundamentais restringidos pela lei penal, passa-se ao exame da legitimidade constitucional do fim perseguido pela lei penal. É objeto de amplo consenso a compreensão de que a finalidade da lei penal é identificada com a proteção de bens jurídicos. Assim, a legitimidade do fim da lei penal depende da verificação da compatibilidade

constitucional do bem jurídico pressuposto pela lei incriminadora. De fato, a proteção do bem jurídico constitui a finalidade perseguida pela lei penal. Como resultado, a identificação do bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador constitui premissa metodológica para quatro operações argumentativas desenvolvidas no juízo de proporcionalidade: (i) a verificação da legitimidade da finalidade objetivada pela lei penal; (ii) o exame da aptidão do meio adotado para a realização dessa finalidade de proteção do bem jurídico (juízo de adequação); (iii) a análise da moderação e da racionalidade na escolha do meio (juízo de necessidade); e (iv) a verificação do equilíbrio entre os ganhos de proteção ao bem jurídico e o sacrifício de direitos fundamentais imposto pela lei penal (juízo de proporcionalidade em sentido estrito). A ilegitimidade do fim da lei penal está vinculada ao reconhecimento da proibição constitucional de eleição de determinado bem jurídico como objeto da tutela penal. A contrariedade à Constituição na escolha do bem jurídico tutelado se manifesta, em geral, nos casos dos delitos que não tutelam bem jurídico algum.

O primeiro dos juízos ou subprincípios da proporcionalidade se orienta a verificar se a medida legislativa constitui meio idôneo para contribuir para a realização do fim por ela perseguida. Entende-se como adequada a medida quando for possível estabelecer algum nexo de causalidade positiva entre a medida legislativa e a criação de um estado de coisas em que se incremente a realização do fim legislativo, quando comparado com o estado de coisas anterior à lei. A medida será inadequada ou inidônea quando ela dificulte a realização do fim legislativo ou quando sua implementação seja indiferente para a realização dessa finalidade. Essa averiguação sobre a idoneidade da lei penal deve ser implementada em duas fases, pois ela se projeta de maneira diferente sobre a norma de conduta e sobre a norma sanção. O juízo de adequação da norma de conduta exige verificar se a ação ou omissão descrita no tipo penal é suscetível de afetar o bem jurídico cuja tutela se pretende realizar. Além do exame da adequação da norma de conduta – voltada à averiguação da aptidão que a proibição da conduta possui para tutelar o bem jurídico –, a lei penal também tem sua adequação investigada sob a ótica da norma de sanção. Nesse sentido, busca-se identificar se a ameaça de aplicação de pena oferece alguma proteção real ao bem jurídico. Sob esse ângulo, questiona-se se a lei penal apresenta concretamente alguma eficácia preventiva.

O juízo de adequação só se torna minimamente operativo se a finalidade almejada pelo legislador tiver um mínimo de determinação e concretude. Sob a ótica da norma de conduta, isso significa que o bem jurídico tutelado não pode ser completamente espiritualizado –

indeterminado e abstrato – sob pena de inviabilizar o teste de aptidão do meio adotado para a realização do fim eleito pelo legislador. Em relação à norma de sanção, o juízo de adequação exige averiguar a capacidade que a ameaça de apenação tem para prevenir ataques ao bem jurídico tutelado. Embora a opção pela criminalização de uma conduta e consequente cominação de pena exerça simultaneamente funções instrumentais (de proteção de bens jurídicos) e simbólicas (de comunicação da relevância do bem jurídico e da proibição de conduta), essas funções simbólicas só têm relevância para o juízo de adequação na medida em que se convertam em funções instrumentais.

O juízo de necessidade é um teste comparativo: a medida restritiva será considerada necessária quando a realização da finalidade almejada não puder ser promovida, com, no mínimo, a mesma eficácia, por meio de outra medida que restrinja, em menor grau, o direito fundamental afetado. Não se ignora a dificuldade metodológica de investigar e comparar graus de eficácia entre as medidas confrontadas (principal e alternativa) e tampouco a margem de ação estrutural do legislador para fazer escolhas sobre os meios a serem empregados. Contudo, há casos em que se pode obter uma comprovação empírica capaz de oferecer uma base segura para afirmar a desnecessidade da intervenção penal. *Em primeiro lugar*, é possível identificar situações em que a disputa sobre a legitimidade da criminalização de certa conduta faz instaurar em diversas partes do mundo as mais diversas soluções para o problema – e.g., descriminalização, despenalização, abrandamento das sanções etc. –, de modo que o conjunto dessa experiência comparada fornece informações seguras sobre o impacto da adoção de certas medidas alternativas. *Em segundo lugar*, existem também situações em que a criminalização ocorre após certo período de aplicação de outras medidas menos onerosas. Nesse caso, quando se comprova que a inserção da intervenção penal não mostrou aptidão para fomentar a tutela do bem jurídico, fica mais fácil afirmar a sua desnecessidade, pois a experiência já acumulada indica que o acionamento de outros ramos do direito já alcançava o mesmo patamar protetivo atingido pela lei penal. Por fim, é necessário valorizar a racionalidade sistemática que o juízo de necessidade pode imprimir ao controle da severidade das sanções penais. Se existe uma dificuldade metodológica em comparar o grau de eficácia da intervenção penal com medidas alternativas não penais, o mesmo não se pode dizer da comparação que pode ser realizada entre os diversos tipos penais. O legislador não pode cominar sanções substancialmente diferentes para delitos que protegem o mesmo bem jurídico contra o mesmo tipo de ataque. Também não pode cominar sanções iguais para condutas que protegem bens jurídicos com diferentes graus de relevância constitucional. Esse tipo de comparação realizada entre os tipos penais e as

respectivas penas pode ser realizada com elevado grau de segurança e deve ser valorizada pela jurisdição constitucional.

Depois de ultrapassar os juízos da adequação e da necessidade, a lei penal deve ser submetida ao juízo da proporcionalidade em sentido estrito, por meio do qual se realiza uma ponderação entre os princípios afetados pela proibição da conduta (preceito primário) e pela pena cominada (preceito secundário) e os princípios que determinam a proteção dos bens jurídicos pressupostos pelos tipos penais. O objetivo do juízo de proporcionalidade em sentido estrito é estabelecer se o grau de restrição dos princípios afetados pela lei penal é compensado pelo grau de satisfação dos princípios por ela tutelados. A correta aplicação do juízo de proporcionalidade em sentido estrito exige a consideração dos três elementos que integram a ponderação – a importância dos princípios envolvidos no caso concreto, o peso abstrato dos princípios em jogo e a segurança das apreciações empíricas concernentes à importância dos princípios –, e a consequente atribuição de pesos ou graus de relevância a cada um desses elementos.

O estabelecimento da intensidade com que a medida legislativa questionada afeta os direitos fundamentais no caso concreto – tanto sob a ótica do preceito primário quanto do preceito secundário da norma penal – depende, entre outros fatores, do *alcance* da intervenção. A particular amplitude do alcance da lei penal deve ser levada em consideração no momento de definir a intensidade da afetação dos direitos fundamentais. E esse é um passo importante da proporcionalidade em sentido estrito. A possibilidade de proibição de um grande número de posições jurídicas deve ser levada em consideração no momento da atribuição de peso à quantidade e à intensidade das restrições de direitos fundamentais impostas pela lei penal. Essa operação argumentativa, contudo, não pode prescindir da análise prévia sobre a compatibilidade do tipo penal com a exigência de taxatividade, consectário lógico da legalidade em matéria penal (art. 5º, XXXIX, da CF). Isso porque a lei penal somente se submeterá ao juízo de proporcionalidade se passar, em primeiro lugar, pelo filtro da legalidade.

Além disso, é necessário identificar os efeitos lesivos secundários potencialmente advindos de uma criminalização, que configurariam afetação indireta de direitos fundamentais. É nesse campo que ganha relevância o efeito resfriador (*chilling effect*) que a criminalização de determinadas condutas pode provocar em relação ao exercício de certos direitos fundamentais. Embora a rigor toda lei penal produza efeitos secundários, em algumas circunstâncias certas

criminalizações geram restrições indiretas intensas em direitos fundamentais e princípios constitucionais dotados de alta importância axiológica. É o que ocorre quando a criminalização afeta gravemente o direito à liberdade de expressão ou à liberdade de participação política, especialmente quando essa afetação tem potencial para alcançar um amplo espectro de condutas de um número elevado de pessoas. Nesses casos, a eficácia preventiva geral da criminalização pode se converter em indesejável efeito resfriador do regime democrático.

No **Capítulo 7**, defendeu-se que o STF não pode proferir sentenças aditivas que resultem na ampliação do poder punitivo estatal. Embora seja possível identificar omissões legislativas inconstitucionais no campo penal – a partir da violação ao princípio da proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente –, o Judiciário não está autorizado a suprir tais omissões por meio de sentenças aditivas. No âmbito do controle de constitucionalidade de leis penais, o STF deve preferir o uso de técnicas decisórias tradicionais – de simples rejeição ou acolhimento da pretensão de declaração de inconstitucionalidade –, fazendo uso de sentenças interpretativas de forma excepcional e desde que delas não resulte a ampliação do poder punitivo estatal.

No **capítulo 8**, formula-se uma proposta de aperfeiçoamento do controle formal da constitucionalidade das leis penais. Entende-se que o STF pode, desde já, se valer do princípio da deliberação suficiente – norma implícita resultante do componente deliberativo da democracia – para exigir que as leis penais aprovadas sejam fruto de um processo aberto e plural de formação da vontade legislativa que revele uma justificação baseada em razões públicas e uma discussão efetiva nas casas legislativas sobre o conteúdo da proposição legislativa, em respeito aos direitos das minorias e que tenham considerado os elementos empíricos fundamentais do tema legislado. Esse avanço, já verificado na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e dos Tribunais Constitucionais do Peru e da Espanha, pode funcionar como mecanismo eficaz de contenção das arbitrariedades legislativas no campo penal. Afinal, a democracia requer a possibilidade de participação e também mecanismos de *accountability* das decisões do poder público. Quando as decisões legislativas são tomadas sem qualquer justificativa e com escassa deliberação, não há como fiscalizar a correção dessas decisões.

Os déficits de informação, justificação e deliberação não são, em geral, traduzidos pela doutrina em requisitos de validade formal das leis. O desenvolvimento do princípio da

deliberação suficiente pretende justamente superar essa falha estrutural do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. A aprovação de leis exige informação mínima sobre o problema a ser enfrentado, prognóstico sobre os resultados a serem alcançados e debate efetivo sobre esses elementos.

Por fim, no **capítulo 9**, procurou-se investir no potencial que a jurisdição constitucional apresenta para iniciar um virtuoso processo de transformação da prisão (definitiva e cautelar) em medida de *ultima ratio*. Para isso, propôs-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 59 do Código Penal, para afirmar que as condições pessoais do autor do delito só podem ser consideradas para reduzir a pena, à luz de considerações de ordem utilitaristas, que podem recomendar a cominação judicial de pena inferior ao grau de culpabilidade. Também se defendeu a necessidade de conferir interpretação conforme a Constituição os arts. 33, § 2º, c e 44, II, III e § 3º, todos do Código Penal para afirmar que a reincidência só poderá implicar aplicação de regime prisional mais gravoso e impedir a substituição da pena de prisão por restritiva de direito se essa circunstância impactar concretamente o grau de culpabilidade expressado pelo fato punível praticado. Além disso, sustentou-se a necessidade de elevar substancialmente o ônus argumentativo imposto ao juiz nos casos em que a majoração da pena resulte na obrigatória mudança de regime prisional – especialmente na hipótese em que a pena ultrapassa os quatro anos (alterando o regime aberto para o regime semiaberto).

Além dessas propostas de intervenção da jurisdição constitucional nos campos da aplicação da pena, da fixação do regime prisional e da substituição da pena de prisão por restritiva de direito, para transformar a pena de prisão em medida de *ultima ratio* o capítulo buscou trazer uma proposta mais inovadora: o reconhecimento da ideia de *equivalentes funcionais da pena* e do *direito à compensação punitiva* em razão das restrições de direitos suportadas pelo indivíduo em todas as fases do sistema de justiça criminal, desde a investigação até a execução da pena. Atualmente, as violações de direitos fundamentais dos presos brasileiros assumem caráter de penas autônomas, que se somam à pena fixada na sentença e institucionalizam um modelo de aplicação de penas cruéis sem o devido processo legal, em patente restrição desproporcional dos princípios da culpabilidade e do *ne bis in idem*.

No Brasil, o sistema de compensação punitiva por restrições (legítimas e ilegítimas) de direitos fundamentais sofridas pelo indivíduo seja no curso da investigação e do processo seja na fase de execução da pena é extremamente deficitária. Os problemas vão desde a falta de

regra explícita que permita a compensação na pena final das restrições impostas ao réu pelo juiz como medidas cautelares até a completa ausência de parâmetros para compensação de restrições de direitos resultantes da violação da lei pelo Estado. O subdesenvolvimento teórico da categoria dos equivalentes funcionais da pena reduz as chances de reconhecimento de que o caráter aflitivo da pena pode ser exercido concretamente por meio de outras medidas (decorrentes da correta aplicação da lei pelo juiz ou do descumprimento dela pelo juiz ou pela administração carcerária). Contudo, a noção de pena justa exige que o juiz considere todas as restrições e violações de direitos sofridas pelo indivíduo como resposta ao cometimento do delito.

A ideia de equivalentes funcionais da pena conduz à necessidade de considerar todas as formas de restrição dos direitos fundamentais do autor do delito tanto no momento da fixação da pena na sentença condenatória como no seu eventual redimensionamento na fase executória. Entre todas as situações que podem revelar conteúdo punitivo – e que, portanto, devem impactar o processo de individualização da pena –, a ADPF 347 centra esforços em um grupo específico de equivalentes funcionais: aqueles que resultam da violação de direitos fundamentais imputadas diretamente ao Estado na fase da execução da pena. Não há maiores dificuldades teóricas em reconhecer a necessidade de compensação na pena a ser cumprida das restrições ilegítimas de direitos fundamentais impostas pelo próprio Estado. A elevada carga punitiva presente na submissão do apenado a condições ilegais de execução da pena é associada ao fato de que é o aparato estatal que responde diretamente por tais ilegalidades. Não há nenhuma razão teórica ou pragmática para recusar o reconhecimento de que esse *plus* de afliatividade deve ser compreendido como pena.

É inaceitável que o Estado brasileiro tenha institucionalizado, com o consentimento do Supremo Tribunal Federal, que a pena de prisão pode ser cumprida em condições indignas. Uma vez verificadas tais violações, porém, é preciso que sejam obrigatoriamente consideradas como equivalentes funcionais da pena. O mecanismo jurídico por meio do qual se pode promover compensações na pena é a detração penal. No Brasil, a incorporação da ideia de equivalentes funcionais da pena – especialmente nessa dimensão da *compensação destrutiva* da culpabilidade (por restrições de direitos fundamentais impostas legítima ou ilegítimamente pelo Estado) – resultará na releitura constitucional da detração penal, para permitir que todas essas restrições de direitos sejam devidamente consideradas pelo juiz, seja na fixação da pena em sentença, seja no seu redimensionamento durante a execução.

A constitucionalização da prisão no Brasil demanda também reduzir drasticamente o encarceramento provisório. Os estudos de monitoramento demonstram que a política pública instituída pela Lei 12.403/2011, que prevê as medidas cautelares alternativas à prisão, não atingiu seu objetivo original de reduzir a enorme quantidade de presos provisórios no Brasil. Entre as causas do fracasso da política pública instituída pela Lei 12.403 – notadamente no que diz respeito ao objetivo de redução do encarceramento cautelar no Brasil –, destacam-se duas: (i) o controle deficiente, por parte do STJ e do STF, da motivação das decisões que decretam diretamente a prisão preventiva, sem examinar de forma específica o não cabimento das outras medidas cautelares alternativas; e (ii) a ausência de confrontação das medidas cautelares com o resultado de uma provável condenação, com base em uma eventual dosimetria hipotética da pena para se aferir a proporcionalidade da medida cautelar de prisão em face da futura provável sanção definitiva.

Nesse contexto, o problema da utilização excessiva das prisões cautelares no Brasil só poderá ser solucionado ao se levar em consideração esses dois fatores. As soluções devem passar, portanto, pela interpretação conforme à Constituição do inciso I do art. 313 do CPP, no sentido de se condicionar a prisão preventiva aos casos em que seja provável a condenação de privação de liberdade superior a 4 anos, a fim de se garantir a satisfação do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares. Além disso, é cada vez mais urgente que o STF determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade.

*Uma síntese das propostas de aperfeiçoamento
do controle de constitucionalidade das leis penais*

A política criminal brasileira tem sido construída sem considerar as informações relevantes sobre a realidade sobre a qual pretende intervir e tem produzido, como consequência, resultados contraproducentes em relação à prevenção da prática de delitos. Tudo isso a um custo enorme para os direitos fundamentais de centenas de milhares de brasileiros, que têm sido submetidos a um sistema de justiça criminal injusto e um modelo de execução de penas cruel e desumano. Esse quadro de violação sistemática de direitos fundamentais que resulta de um direito penal ensimesmado, profundamente isolado do direito constitucional e dos outros ramos

das ciências sociais, não pode ficar imune ao controle da jurisdição constitucional. O subdesenvolvimento teórico sobre a relação entre direito penal e Constituição e sobre as possibilidades de intervenção da jurisdição constitucional no campo penal contribuem para consolidar uma postura de injustificável autocontenção do STF justamente no controle das leis que interferem de modo mais drástico nos direitos mais importantes dos indivíduos.

O aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade das leis penais exige, em primeiro lugar, abandonar o parâmetro geral de excessiva autocontenção. Em geral, o STF tem adotado um controle leve ou de evidência para controlar a constitucionalidade das leis penais, de modo que somente aquelas evidentemente excessivas ou abusivas são declaradas inválidas. Todo o ônus probatório é imputado a quem alega a inconstitucionalidade, o legislador é desonerado de justificar qualquer tipo de eficácia, de eficiência e de equilíbrio ponderativo das escolhas legislativas no campo penal. Leis que imponham restrições intensas a direitos materialmente fundamentais devem ser submetidas a testes mais rigorosos de constitucionalidade. É exatamente o caso da maior parte das leis penais, que devem ser submetidas a controle intermediário (impondo ao legislador demonstrar, pelo menos, que o fim perseguido é legítimo e que há razões relevantes que justificam a intervenção) ou a controle estrito (exigindo que o legislador demonstre com premissas seguras a aptidão do meio eleito, a sua maior eficiência em relação às medidas alternativas, e também a relação equilíbrio na relação custo-benefício).

Depois de propor um reposicionamento geral da jurisdição constitucional incidente sobre as leis penais – o que exige amenizar o excessivo grau de deferência ao legislador e a intensificar o controle pela adoção de testes mais rigorosos de constitucionalidade –, o presente trabalho procurou desenvolver parâmetros materiais de controle da legitimidade das leis penais. Para tanto, propôs-se a revisão do juízo de proporcionalidade como método para solução de *casos difíceis* de controle de constitucionalidade de leis penais. A ativação da operacionalidade dos juízos de *adequação* e *necessidade* depende da abertura da jurisdição constitucional para avaliações empíricas sobre a aptidão preventiva da criminalização e da idoneidade dos meios alternativos menos onerosos – *extrapenais* e *intrapenais* – para realizar as mesmas finalidades perseguidas pelo legislador. Isso demanda incentivar e valorizar as pesquisas empíricas, criar canais de comunicação entre as ciências sociais duras e o STF e habilitar a argumentação constitucional para a incorporação desses dados na jurisdição constitucional. Já a *proporcionalidade em sentido estrito* requer a consideração adequada de todas as posições jurídicas afetadas pela lei penal – inclusive, na experiência brasileira, das violações

generalizadas de direitos promovida na fase da execução penal – e a avaliação dos efeitos secundários ou indiretos que a criminalização pode produzir em relação aos direitos fundamentais dos seus destinatários – o que envolve considerar os efeitos resfriadores que a aplicação da lei penal tem sobre condutas lícitas, especialmente aquelas ligadas ao exercício de direitos ligados ao funcionamento da democracia.

Todo esse esforço de aperfeiçoamento do controle material de constitucionalidade das leis penais está baseado na aposta de que esse escrutínio substancial da legitimidade dessas leis tem potencial para controlar excessos punitivos e elevar em alguma medida o grau de racionalidade da legislação criminal brasileira. O resgate de uma visão material e instrumental do direito penal, associado a um controle rigoroso da constitucionalidade das leis penais, pode resultar na redução dos níveis de sofrimento e desumanidade que caracterizam o sistema punitivo brasileiro. Apesar da enorme relevância que o controle material da constitucionalidade das leis penais possui para garantir direitos fundamentais em face das intervenções legislativas, o processo de constitucionalização do campo penal só pode se completar se for possível elevar o grau de realização do princípio democrático no modo como as leis penais são produzidas no país – sem vestígios de pluralismo e responsabilidade política –, exigindo que o legislador defina a política criminal com base em premissas empíricas seguras, objetivos claros, perspectivas de impacto no sistema, e, acima de tudo, razões públicas.

Por fim, a jurisdição constitucional brasileira deve promover uma urgente constitucionalização da prisão, tornando-a uma verdadeira medida de *ultima ratio*. A superação da cultura do encarceramento exige intervenções estratégicas do STF para corrigir as principais deficiências dos modelos de aplicação da pena e do regime prisional e também para reconhecer um sistema de compensações punitivas com base na ideia de *equivalentes funcionais da pena*. Essas medidas podem contribuir para reduzir o *hiperencarceramento*, racionalizar o sistema punitivo e superar o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T. A prisão sob a ótica de seus protagonistas: itinerário de uma pesquisa. *Revista de Sociologia da USP, Tempo Social*, São Paulo, v. 3, n. 1-2, p. 7-40, 1991.
- _____. Reincidência e reincidentes penitenciários em São Paulo (1974-1985). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: Anpocs, v. 3, n. 9, p. 70-94, fev. 1989.
- ADORNO, Sérgio. “Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo”. *Novos Estudos*, Cebrap, 43, p. 45-63, nov.1995.
- AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa; 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, 2003.
- _____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios, 2004 e *Revista Española de derecho constitucional*, ano 22, n. 66, p. 13-64, Sep.-Dez., 2002.
- _____. *La fórmula del peso*. Trad. Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010.
- _____. On Balancing and Subsumption: a Structered Comparision. *Ratio Juris*, vol. 16, n.4, 2003, p. 433-449.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Processo Criminal Brasileiro*, v. I. São Paulo: Editora Laemmert, 1901.
- ALMEIDA, F. N. R. de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil*. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada: Comare, 2001.
- ALVES JÚNIOR, Thomaz. *Anotações Theoricas e Práticas do Código Criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1864.
- ASHWORTH, Andrew. Techniques for reducing sentencing disparity. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (Eds.). *Principled sentencing: readings on theory and policy*. 3rd ed. Oxford: Hart, 2009. p. 243-257.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, n. 17, jan./fev./mar. 2009.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008; LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 57, p. 62-81, out.-dez. 2006.

AZEVEDO, Rodrigo de. Reformas da Justiça Penal no Brasil – A Democratização Inacabada. *Acta Sociológica*, vol. 72, 2017.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal*. Parte general. 3. ed.. Madrid: Akal/Iure, 1994.

_____. Principio de culpabilidad e individualización de la pena. MIR, José Cerezo (ed.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999.

_____. Principio de culpabilidad e individualización de la pena. MIR, José Cerezo (ed.). *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999.

_____. *Principios de Derecho penal*. 3. ed. Madrid: Akal/Iure, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

_____. Reforma das medidas cautelares pessoais no CPP e os problemas de direito intertemporal decorrentes da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. *Boletim Ibccrim*, v. 19, n. 223, p. 11-12, jun. 2011.

_____. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016; GRINOVER, Ada Pellegrini, Verdade real e verdade formal?: um falso problema. In: *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-13.

BAIRD, Marcello Fragano; FERNANDES, Márcia Adriana; POLLACHI, Natália. *Monitorando a aplicação da Lei das Cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo*. Instituto Sou da Paz e Associação pela Reforma Prisional. 2014. Disponível em: <http://soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf>. Acesso em: 13 set. de 2016.

BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, New York: Cambridge University Press, 2012.

_____. *The judge in a democracy*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: Introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. La teoria della prevenzione-integrazione: Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica, *Dei Delitti e delle Pene*, vol. 1, 1984, p. 5-30.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 98.

_____. *Direito Constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa*. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

_____. Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: Algumas propostas sobre o tema da informação. *Revista de Direito do Estado*, n. 12, 2008.

_____. Sanitation rights, public law litigation, and inequality: a case study from Brazil. *Health and Human Rights Journal*, v. 16, n. 2, p. 35-46, 2014.

_____. Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana. *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, 2010, p. 39-65.

BARRANCO, Norberto Javier de la Mata. Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 60, Fasc/Mes 1, 2007.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROSO, Luís Roberto e OSORIO, Aline. *O Supremo Tribunal Federal em 2017: a República que ainda não foi*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2017-parte.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, dez. 2017, p. 695-713. Disponível em

<<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *A guerra perdida*. Artigo disponível em: <<http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/11/A-guerra-perdida.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, *Revista de Direito do Estado*, vol. 13, 2009.

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico da relações homoafetivas no Brasil. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n. 16, mai.-ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis, Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Temas de direito Constitucional – Tomo IV*, 2ª edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, vol. 71, n. 3, 2006.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. Outro argumento sobre crimes hediondos. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera M. *Depois do grande encarceramento*, 2010. Rio de Janeiro: Revan. p. 29-36.

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 409-476.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini et al. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Delitos sem bens jurídicos. *Boletim IBCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 181, p. 4-5, dez. 2007; GRECO, Luis. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul.-ago, 2004, São Paulo.

_____. O rendimento da teoria pessoal do bem jurídico no direito penal contemporâneo. *Revista Liberdades*, n. 1, jan./abr. 2009.

_____. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

_____. Discursos de emergências e política criminal: o futuro do Direito Penal Brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 411-436, jan./dez. 2008.

BERGMAN, M. et al. *Crime, Segurança Pública e Desempenho Institucional em São Paulo*. São Paulo: CELIV - Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia, Universidad Nacional de Tres de Febrero, FGV, Pastoral Carcerária Nacional, nov. 2013.

BERNAL PULIDO, Carlos. “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/ Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, v. 93, n. 2, p. 195-208, 2006; _____. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

_____. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 528.

_____. On Alexy’s Weight Formula. In: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.). *Fundamental Rights through Discourse*. Oslo: Arena, 2004.

_____. Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad: una respuesta a Gloria Lopera. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 25, n. 74, mai.-ago. 2005.

_____. *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

_____. *La racionalidad e la ponderación*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Externado.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan (coords). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27. Para o autor, “essa bipolaridade conduziu à banalização da prisão cautelar”.

BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed.. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Prólogo de Manuel Aragon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. Los vicios en el procedimiento legislativo: la postura del tribunal constitucional en la sentencia 99/87. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 24., set.-dez. 1988, p. 211-228.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim IBCCRIM*, ano 18, n. 217, dez. 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2010, p. 179- 180.

_____. Medidas cautelares: superação da medíocre dicotomia. *Boletim IBCCrim*, edição especial CPP, ago. 2010.

_____. Nova lei peca nas chances de detração. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 223, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-01/nao-detracao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao>>. Acesso em 12 nov. 2018.

_____. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, jul.-ago. 2010.

_____. Mais Reflexões sobre a Lei 12.403/11. *Boletim IBCCrim*, ano 19, n. 223, jun. 2011.

BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier-FGV, 2012. p. 147-175.

BOTTINO, Thiago. A inconstitucionalidade da condução coercitiva. In: *Boletim IBCCrim*, v. 24, n. 285, p. 4-6, ago. 2016.

BRADY, Alan David Patrick. *A structural, institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*. 325 f. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia) – The London School of Economics and Political Science, London.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites*. 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

BRANDÃO, Rodrigo. As culturas liberal e democrática de proteção dos direitos individuais no constitucionalismo clássico: uma breve análise dos modelos britânico, francês e norte-americano. In: *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, v. 6, n. 22, p. 25-73, jul./set. 2008.

_____. Diálogos Constitucionais nos Estados Unidos e no Brasil. *RJLB*, Ano 1, n. 4, 2015.

_____. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Relatório Final. jul. 2008b. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/sistema-prisional/relatorio-final-cpi-sistema-carcerario-2008>>. Acesso em: 28 jan. 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Relatório Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 152. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2016: ano-base 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>, p. 72 e ss. Acesso em: 12 jul. de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de Gestão: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução De Medidas Socioeducativas – Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo. *Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra*, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo. *Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra*, Brasília, 2018, p. 19. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa).

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen, 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen, 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça, *II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2016*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 12. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

BRASIL. *Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Atendimento às Pessoas Egressas do Sistema Prisional*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2016.

BRASIL. *Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Atendimento às Pessoas Egressas do Sistema Prisional*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2016.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil* / Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015.

BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitucional courts as positive legislators: a comparative law study*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011.

BRICOLA, Franco. *Scritti di Diritto Penale*. 4 Vol. Milán: Giuffrè, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*, Tomo III, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRUNONI, Nivaldo. *Principio de Culpabilidad: considerações*. Curitiba: Juruá, 2008.

BUNZEL, Michael, “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”, In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 155.

BUSTAMANTE, Thomas. “Principios, reglas y derrotabilidad, el problema de las decisiones contra legem”. In: BONORINO RAMÍREZ, Pablo. (ed.). *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*. Madrid: Bubok Publishing.

CALLEGARI, André Luis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Costituzione, diritto penale e politica criminale in Brasile tra convergenze e paradossi/Constitution, loi pénale et politiques en Brésil entre convergences et paradoxes/Constitution, criminal law and policies in Brazil between convergences and paradoxes. *Rivista Di Criminologia*, n. 3, 2013.

CALLEGARI, André Luís; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Costituzione, diritto penale e politica criminale in Brasile tra convergenze e paradossi. *Rivista Di Criminologia*, vol. 3, 2013, p. 17-30. Trad. livre.

CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMARGO, Marcelo Novelino. Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial. 2014. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Carlos Gómez-Jara (coord.), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Madrid: Edisofer, 2006.

CANO, Ignacio; FRAGOSO, José Carlos. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 30, 2000, p. 207-233.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Justiça Constitucional e Justiça Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, jan/fev, 2006.

CANTON FILHO, Fábio, *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. A organização criminosa da Lei 12.850/2013 e a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006: novatio legis in melius? *Boletim IBCCrim*, v. 22, n. 265, p. 16-17, dez. 2014.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. Indulto: da necessidade e impositividade de sua concessão ao crime de tráfico de drogas. In: *Boletim IBCCrim*, v. 24, n. 280, p. 6-7, mar. 2016.

CARDINALLI, Daniel Carvalho. *Os direitos LGBT, o governo Bolsonaro e o STF: Embora seja inegável que STF tenha potencial de ser resistência, seu estoque de ‘rebeldia’ não é ilimitado*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-direitos-lgbt-o-governo-bolsonaro-e-o-stf-21112018>>. Acesso em: 03.01.2019.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional*, 2017, p. 26.

CARPIO DE BRIZ, David. Europeización y reconstrucción del *non bis idem*. Efectos en España de la STEDH Serguei Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009. *Revista General de derecho penal*, n. 14, 2010, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.iustel.com>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena no estado democrático de direito - Postulados garantistas. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). *Aplicação da pena e Garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1-98.

_____. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. *Boletim do IBCCrim*, n. 193. São Paulo, 2008. p. 1-3.

_____. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homophobia: perspectives starting from the queer criminology. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 99/2012, p. 187-212, nov.–dez./2012.

_____. *Política criminal de drogas no Brasil* (estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASSELL, Paul. Too severe?: a defense of the federal sentencing guidelines (and a critique of federal mandatory minimums). *Stanford Law Review Symposium: Punishment and Its Purposes*, v. 56, n. 5, p. 1017-1048, Abr. 2004.

CERQUEIRA, D.; MELLO, J. M. P. *Evaluating a national anti- rearm law and estimating the casual e ect of guns on crime*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, mar. 2013. (Texto para Discussão, n. 607). Disponível em: <<http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/les/td607.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

CERQUEIRA, D.; MOURA, R. L. Demografia e homicídios no Brasil. In: CAMARANO, A. A. (Org.). *Novo regime demográfico: uma nova relação entre população e desenvolvimento?* Rio de Janeiro: Ipea, 2014a. cap. 11, p. 355- 373. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23975>. Acesso em: 30 out. 2017.

CHIA, Eduardo A.. *El Tribunal Constitucional chileno y los límites del derecho penal: breve examen crítico*. Revista de Derecho Público, n. 76, 2012.

CIPRIANI, Mário Luis Lírío Cipriani; SEEFELDT PESSOA, João Pedro. A aplicabilidade do instituto penal da detração nas medidas cautelares diversas da prisão no direito brasileiro. In: STAHLHÖFER, Iásin Schaffer et al. (orgs.) *Pensando o direito*, volume IV. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

_____. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, 2010.

CNT – Confederação Nacional do Transporte; MDA Pesquisa. Pesquisa CNT/MDA: rodada 118 – relatório síntese. Brasília: CNT; MDA, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Pesquisa%20CNT%20MDA/Relatorio%20SINTESE%20%20CNT%20ABRIL2014%20-%20R118%20-%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

COELHO, Luis Carlos Honório de Valois. *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: Why is this right different from all other rights? *New York University Law Review*, vol. 69, n. 4 5, 1994.

COMELLA, Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

_____. *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*. New Haven: Yale University Press, 2009.

_____. *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 diciembre 2011. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. Revista de Informação Legislativa, v. 49, n. 193, jan./mar. 2012, p. 141-149.

COPELAND NAGLE, John. "Delaware & Hudson revisited". *Notre Dame Law Review*, v. 72, 1997.

CORONA, Gómez. El control de constitucionalidad de la ley en España. Análisis de la jurisprudencia constitucional, *Revista de Derecho Político*, n. 74, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. Considerações sobre algumas inovações típicas da lei nº 11.343/06. *Boletim dos procuradores da república*, v. 9, n. 75, p. 11-13, jul. 2007.

COSTA, Pedro Jorge. Culpabilidade na dosimetria da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24, n. 126, Dez. 2016, p.109-132.

COSTENARO CAVALI, Marcelo. *Fundamento e limites da repressão penal da manipulação do mercado de capitais: uma análise a partir do bem jurídico da capacidade funcional alocativa do mercado*. 2017. Tese (Doutorado em Direito Penal) –Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

COTE-BARCO, Gustavo Emilio. Constitucionalizacion del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena. *Vniversitas*, n. 116, jun.-dez. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Direito e Psicanálise: intersecções e Interloquções a Partir de O Senhor das Moscas de Willian Golding*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 161-172.

CROSS, Frank. Decisionmaking in the US Circuit Courts of Appeals. *California Law Review*, v. 91, p. 1457-516, 2003.

CRUZ, José Ángel Fernández. El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Santiago, ano 17, n. 01, p. 65, 2010.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 183, jul.-set. 2009.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DAHL, Robert A.. Decison-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 1957, p. 279-295.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Reformas da Justiça Penal no Brasil – A Democratização Inacabada. *Acta Sociológica*, v. 72, jan.-abr. 2017.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

DECKER, John F. Addressing vagueness, ambiguity, and other uncertainty in American criminal laws. *Denver University Law Review*, v. 80, n. 2, 2002, p. 241-343.

DEL OLMO, Rosa. Drogas, distorsiones y realidades. *Nueva Sociedad*, n. 102, jul.-ago. 1989, p. 81-93.

DIAS, Camila Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. Friedrich Ebert Stiftung, *Análise*, n. 28, 2017, p. 11. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13444.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Valladolid: Lex Nova; 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 75, set./dez. 2005.

_____. José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros Editores, 2007.

_____. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

DODARO Giandomenico. La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti. *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, n. 4, p. 2115-2136, 2009.

DOLCINI, E., 'La commisurazione della pena tra teoria e prassi', in STILE, A. M. (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*. Naples: Jovine. 1991. 147-72.

DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milano: Giuffrè, 2004.

_____. Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'offense di Joel Feinberg. In: *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*. In ricordo di Joel Feinberg. Milano: Giuffrè, 2010, p. 41-101.

_____. Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei, *Rev. trim. Dir. Pen. Cont.*, 2013, p. 12 e ss.

_____. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010.

_____. Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 5, 2004.

_____. *Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana*. VV.AA. Responsa Iurisperitorum Digesta. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad, 2001.

_____. “La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico”. In: ZAPATERO, Luis Arroyo, et al (coord.). *Crítica Y Justificación Del Derecho Penal Em El Cambio De Siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

DORF, Michael C.; SABEL, Charles F., “Drug Treatment Courts and Emergent Experimentalist Government”, In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 53, n. 3, 2000.

DOTTI, René Ariel. “Os caminhos da Reforma e o Direito a constituir”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 15, n. 59. Brasília: Senado Federal, 1978.

_____. “Penas e medidas de segurança no anteprojeto de Código Penal”. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 32. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 46-69.

_____. *Curso de Direito Penal*, Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DUBBER, Markus D., *Foundations of State Punishment in Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law*, (Oct. 2, 2009).

DUFF, R. A., A Criminal Law We Can Call Our Own, *Northwestern University Law Review*, vol. 111, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ELUF, Luiza Nagib. *O crime de sedução é inconstitucional*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2227-O-crime-de-seducacao-e-inconstitucional>. Acesso em: 16 nov. 2018.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. 11. impressão. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices judges make*. Washington: CQ Press, 1998. Esses autores justificam a tendência à seguir a jurisprudência majoritária do Tribunal como “aversão a dissentar”.

FALLON, Richard. Making Sense of Overbreadth. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 4, 1991.

FAVOREU, Luis. La constitucionalidad del derecho penal y del procedimiento penal: hacia un derecho constitucional penal. *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. XXVI, 1999.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2008.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madri: Edisofer, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim Ibccrim*, v. 17, n. 200, p. 19-20, jul. 2009.

_____. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNÁNDEZ CRUZ, J. A., “Tribunal Constitucional y derecho penal: Un estudio crítico”, *Estudios Constitucionales*, n. 2, 2014.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Angel. El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, vol. 17, n. 1, 2010.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones In: *Direitos fundamentais e justiça*, v. 3, n. 7, abr./jun. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. “Principia iuris”: una discusión teórica. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008.

_____. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3a ed. rev. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy. *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1, p. 37-52, jun. 2015.

_____. *Democracia y garantismo*. 2. ed. (M. Carbonell). Madrid: Trotta, 2010.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 129, ano 25., mar. 2017.

FERREIRA, H. R. S.; MARCIAL, E. C. *Violência e segurança pública em 2023: cenários exploratórios e planejamento prospectivo*. Rio de Janeiro: Ipea, 2015.

FERREIRA, Helder; FONTOURA, Natália de O. *Sistema de justiça criminal no Brasil: quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação*. Brasília: Ipea, março de 2008. Ipea, Texto para Discussão n. 1330.

FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*. Madrid: Ed. Civitas, 2002.

_____. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997. Para uma visão geral sobre o tema, V. BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph B. *Constitutional courts as positive legislators: a comparative law study*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011.

FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*, Trad. por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2007.

FIADANCA, Giovani. *Sul bene giuridico: Un consuntivo critico*. Torino: Giappichelli, 2014.

_____. L'offensività è un principio codificabile? *Il Foro italiano*, v. 124, n. 1, 2001.

_____. Sui “giudizi di fatto” nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi. In: BERTOLINO, Marta *et al* (eds.). Studi in onore di Mario Romano, v. 1. Napoli: Jovene, 2011, p. 265 ss.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, Parte Geral*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito Penal Português – Parte II - As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Coimbra Editora, 1993.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de antigüedad a nuestros días*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. *Los Derechos Fundamentales – Apuntes de la Historia de las Constituciones*. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FOFFANI, Luigi. Codice penale e legislazione complementare. Da un modello “policentrico” a un modello “piramidale”. In: DONINI, Massimo (coord.). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*. Milano: Giuffrè, 2003.

FRAGOSO, Christiano Fragoso. *Autoritarismo e sistema penal*. 2011. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Sistema do duplo binário: vida e morte”. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 32. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review, *Texas Law Review* vol. 84, n. 2, 2005.

FRIEDMAN, Barry. *The Will Of The People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped The Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1977.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2015, v. 1.

GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília, Universidade de Brasília, Brasília.

_____. *O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública*. São Paulo: Manole, 2003.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. A eficácia contra particulares dos direitos (drittwirkung) sob enfoque de seus deveres de proteção (schutpflichten). 2006. Dissertação (Mestrado em Direito – Ciências Sociais Aplicadas) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. *Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Por que a decisão do Supremo na ADPF 347 não alterará o quadro do sistema carcerário? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

GOMES, Mariângela G. de Magalhães. “Notas sobre a inidoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas”. In: REALE JR., Miguel. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94-106.

_____. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Luiz Carlos. *Direito penal: a criminalização da homofobia como forma de proteção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/03/direito-penal-a-criminalizacao-da-homofobia-como-forma-de-protecao-de-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 155.

GRASSI, Roberto Joacir. Da detração nas sanções penais. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, São Paulo, n. 25, p. 29-46, jul./set. 1973. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=21852>. Acesso em: 12 nov. 2018.

GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; QUANDT, Gustavo; TEIXEIRA, Adriano. *Parte geral do Código Penal: uma proposta para debate*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004.

GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 02, n. 3, jul/dez, 2007.

GRIMM, Dieter. *A conquista do constitucionalismo e suas perspectivas em um mundo mudado*. Trad. de Cláudia Rentroia. Tratado de direito constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, v. 2.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA, Marcelo Lima Guerra. A proporcionalidade em sentido estrito e a ‘fórmula do peso’ de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 31, n. 65, p. 25-42. jan.-jun. 2007.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Ativismo, discricionariedade judicial e a problemática da política criminal. In: *Revista CEJ*, v. 18, n. 63, pp. 52-53, maio/ago. 2014).

GUSSO, Luana de Carvalho Silva. *RDU – Revista de Direito Univille / Universidade da Região de Joinville*, v.1, n. 1, 2011.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

HABER, Carolina Dzimidas. *A eficácia da lei penal: análise a partir da legislação penal de emergência (o exemplo do regime disciplinar diferenciado)*. 2007. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

HABERMAS, Jürgen. “Soberania Popular como Procedimento”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 26. Trad. de Márcio Suzuki. São Paulo, mar., 1990; BENHABIB, Seyla. “Models of Public Space: Hannah Arendt, The Liberal Tradition, and Jürgen Habermas. In: CALHUN, Craig (Org.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996.

_____. “Três modelos normativos de Democracia”, *Lua Nova*, n. 36, 1995, p. 39-53. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451995000200003&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v. 1 Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HASSEMER, Winfred & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del*

bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: BAIGÚN, David *et al.* *Estudios sobre la Justicia Penal: Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. Tradução de Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (ed.). *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995, p. 28.

_____. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Tradução Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 8, out/dez, 1994, p. 41-51.

HAURIOU, Maurice. *Principios del Derecho Público y Constitucional*. Granada: Editorial Comare, 2003.

HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

HESSICK, Clarissa. Vagueness principles. *Arizona State Law Journal*, v. 48, n. 4, 2016.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de La discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

HIRSCHL, R. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, p. 71 a 108, 2004.

HUBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Lethal Force: police violence and public security in Rio de Janeiro and São Paulo*. Nova York: Human Rights Watch, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*, volume I. São Paulo: Forense, 1958.

HUNT, Murray Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of 'Due Deference'. In: BAMFORTH, Nicholas; LEYLAND, Peter (eds.). *Public Law in a Multi-Layered Constitution*. Portland: Hart Publishing, 2003.

HUNTER, Albert. “Private, parochial and public social orders: the problem of crime and incivility in urban communities”. In: SUTTLES, G. e ZALD, M.(orgs.). *The challenge of social control*. Norwood, NJ: Ablex Publishers, 1985.

ILANUD. *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas*. Relatório final de pesquisa. Relatório da Coordenação Geral de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça, Instituto Latino Americano das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Ilanud/Brasil. 2006.

ILANUD. Pesquisa de Vitimização, 2002. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/senasp/estatisticas/Vitimizacao/html/rel/Tabela_003.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *O impacto da Lei de Cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. São Paulo: 2014.

JACKSON, Vicki. Constitutional Law in an Age of Proportionality. *Yale Law Journal*, v. 124, n. 8, jun. 2015.

JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. O que é Protegido pelo Direito Penal: Bens Jurídicos ou a Vigência da Norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4 e 5, 2003/2004.

JAVIER, Jiménez Campo, “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.

KAHN, Túlio. *Além das grades: radiografia a e alternativas ao sistema prisional*. São Paulo, 2001. Mimeo.

KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, penas e fantasias*. Niterói: Ed. Luam, 1991, p. 75-76.

KARAM, Maria Lúcia. Disciplina do livramento condicional no ordenamento jurídico-penal brasileiro e violações a direitos fundamentais. In: MARCHI JR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coord.); FERNANDES, Agostinho; LACERDA, Bruno Amaro (Colab.). *Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias*. Curitiba: Juruá, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade e supremacia da ordem constitucional. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder-Atribuição. In: MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima (orgs). *Mandado de Injunção*, Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade – Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1ª versão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2a ed., 2002.

KLATT, Matthias; MEISTER Moritz. A proporcionalidade como princípio constitucional universal. Tradução Philippe Seyfarth de Souza Porto. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, 2015, p. 55).

KLATT, Matthias. Ponderación y Discrecionalidad. In: QUISPE, Jorge Portocarrero (ed.). *Ponderación y discrecionalidad*. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

KLEIN, Robert Forrest. Rational basis? Strict scrutiny? Intermediate scrutiny? Judicial review in the abortion cases. (case note). *Oklahoma City University Law Review*, vol. 9, n. 2, 1984.

KOVANDZIC, Tomislav V.; SLOAN III, John J.; VIEIRAITIS, Lynne M. “Unintended Consequences of Politically Popular Sentencing Policy: The Homicide Promoting Effects of ‘Three Strikes’ in U.S. Cities (1980-1999)”. *Criminology and Public Policy*, v. 1, n. 3, 2002, pp. 399-424.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LACEY, Nicola, *The prisoners' dilemma: political economy and punishment in contemporary democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian Hero or Zero - Rethinking the Warren Court's Role in the Criminal Procedure Revolution, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 152, 2004.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Colex, 2011.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Causes of prison overcrowding. United Nations Asia and Far East Institute, Report of the workshop Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities. p.43-64. 2011. Disponível em: www.unafei.or.jp/english/pdf/Congress_2010/12Tapio_Lappi-Seppala.pdf. Acesso em: 02.01.2019.

LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou Direito Penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 40, ano 10, out.-dez. de 2002, p. 155-179.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Área. *Detração penal até o Código Criminal do Império (1830)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11661-11661-1-PB.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LEITE, Fabiana de Lima. Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais. Ministério da Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/les/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a74b836efcd.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017).

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais- Estudos em Homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodium, 2012.

LEMGRUBER, Julita. Reincidência e reincidentes penitenciários no sistema penal do Estado do Rio de Janeiro. *Revista da Escola de Serviço Penitenciário do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 45-76, jan./fev./mar. 1989.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998.

LEONCY, Léo Ferreira. Princípio da simetria e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LIMA, Camile Eltz de. O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 283, p. 17-18., jun. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129495>. Acesso em: 7 nov. 2018.

LIMA, Marcellus Polastri; RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coord.). *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOFSTROM, Magnus; RAPHAEL, Steven, “Incarceration and crime: Evidence from California's public safety realignment reform”, In: *The Annals of the American Academy*, 2016, vol. 664, p. 196-220.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas. (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana). *Nuevo Foro Penal*, n. 67, 2005.

_____. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales: Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Rev. derecho (Valdivia)*, vol. 24, n. 2, 2011.

_____. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCrim*, n. 223, p. 5, jun. 2011.

_____. *Prisões Cautelares*. 4. ed. Saraiva: 2013.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

LOPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certezza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1968.

LOZANO, Guillermo Otálora. El deber de deliberación mínima em el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 38, Ago. -Dez., 2013.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais Penais*. 2. ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito*. 2007. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

MACHADO, Maira Rocha; PIRES, Alvaro; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro Mesquita. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2009.

MADER, Luzius. Painel 2: Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte, 10-13 set. 2007. In: *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2009.

MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARIN, Gustavo de Carvalho. *Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal 2011 - 2012*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. *Revista de processo*, v. 38, n. 226, p. 13-29, dez. 2013; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, jun. 2005.

MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 229-230.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. Principios penales en el Estado social y democrático de derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, p. 217-299, 1991.

MASERA, Luca. Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria ([Nota a sentenza] Corte cost. n. 250 del 2010), *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 53, n. 3, 2010, p. 1373-1395.

MATHIESEN, Thomas. *Prison on trial*, 3 ed. Winchester: Waterslide Press, 2006/1990.

MCLEOD, Allegra M., Decarceration Courts: Possibilities and Perils of a Shifting Criminal Law, 100 Geo. L.J. 1587 (2012).

MELLO, Cristiana De Santis Mendes de Farias. *O Revigoroamento do Poder Legislativo: uma agenda para o século XXI*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 25-28.

MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre os princípios do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo Código Civil. *Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 25-55, jul./set. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: significados, limites, princípio da proporcionalidade, colisão e concorrência. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil – Devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2010.

_____. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política, *Revista de direito do Estado* v. 13, p. 211, 2009.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2000, p. 78.

MERLI, Antonella. *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico: Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006.

MIR PUIG, Santiago. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites al ius puniendi”, In: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 14, 1989-1990.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 9ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.

_____. *Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva*. Prevención y Teoría de la Pena (dir. Juan Bustos RAMIRES). Santiago: Lexis Nexis, 1995, p. 49.

_____. O Princípio da Proporcionalidade enquanto Fundamento Constitucional de Limites Materiais do Direito Penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n. 1, jan/mar, 2009.

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Vol. VI, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007.

MODUGNO, Di Franco. *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995.

MODUGNO, Franco. *Scritti sull’interpretazione costituzionale*. Napoli: Editoriale scientifica, 2008.

MOORE, Janet Moore, Democracy Enhancement in Criminal Law and Procedure, *Utah Law Review*, vol. 543, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de. Política Criminal, Constituição e Processo Penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucional do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez. 2006, p. 403-430.

MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora; 2005.

MORTATI, Constantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo I, Ed. CEDAM, 10ª Ed., Padova, 1991, p. 303.

MUÑOS CLARES, José. *Ne bis in idem* y derecho penal: definición, patologías y contrarios. Murcia: Editorial DM, 2006.

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general*. 7ª ed. Valencia, Tirant, 2007.

MUNÔZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NAVOT, Suzie. El Control Jurisdiccional de los actos parlamentarios: un análisis comparado de la evolución jurisprudencial en España e Israel. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 78, 2006, p. 153-196.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul. In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEVES, Marcelo. *Luhmann, Habermas e o Estado de Direito*. Lua Nova, n. 37, 1996.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald; YOUNG, Nelson. *Constitutional Law*. 2. ed. 1983.

O'DONNELL, Guillermo. "Poliarquias e a (in) Efetividade da Lei na América Latina: Uma Conclusão Parcial", In MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.), *Democracia, Violência e Injustiça – O Não-Estado de Direito na América Latina*, Paz e Terra, São Paulo, 2000.

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justificabilidade dos deveres de proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. *O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. "Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes".

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo Penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

PAIXÃO ARAÚJO, Cristiano, Sobre a necessidade de controle dos atos *interna corporis* do Poder Legislativo. *Revista Jurídica*, Lisboa, v.41, 1993, p. 41-42.

PANZERA, Claudio. *Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2013.

PASTANA, Debora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária*. São Paulo: UNESP, 2009.

PASTOR, Daniel R. Las funciones de la prisión preventiva. *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fé: Rubinza-Culzoni, 2006.

PAVARINI, Massimo, 'AI di li della pena, al di li del carcere ... appunti e note teoriche in tema di decentramento e amministrativizzazione del controllo sociale', in G. Zappa, ed., *Carcere, ente locale e opinione pubblica*. Bologna: GLUEB, 1985, p. 31-42.

_____. The New Penology and Politics in Crisis: The Italian Case, *The British Journal of Criminology*, v. 34, n. S1, 1, jan. 1994.

_____. The New Penology and Politics in Crisis: The Italian Case, *The British Journal of Criminology*, vol. 34, n. S1, 1994.

PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2016.

PEREIRA, Bruno Ramos. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIRES, Álvaro. “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”. *Novos Estudos*, n. 68. São Paulo: Cebrap, 2004.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei nº 12.403/11 que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, n. 223, 2011.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Bem-jurídico penal e constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro*. v.1.11 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 143-158, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *La filosofía penal de la ilustración*. Talplan, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

PULIDO, Carlos Bernal, En Torno a la Legitimidad de la Jurisdiccion Constitucional y la Objetividad en el Control de Constitucionalidad de las Leyes, *Rev. Derecho del Estado*, n. 7, 1999,

_____. fundamentalidade dos direitos fundamentais, In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (coord.). *Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PULITANÒ, “Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali”, *In Revi. It. Dir. e proc. Pen.*, 2008.

_____. Bene giuridico e giustizia costituzionale. In: STILE, A. M. (coord.). *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. Napoli: Jovene, 1985.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

_____. *Erros frequentes na aplicação da pena*. Disponível: <<http://www.pauloqueiroz.net>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. *Funções do direito penal*. 2.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. “Caminhos do direito penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 85, 2010.

_____. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. Sumário executivo de pesquisas sobre prisão provisória. São Paulo, Rede Justiça Criminal, 2013.

REVORIO, Díaz F. J. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: Significado, tipologia, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, 1. Ed., Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano. Repressão, autonomia e responsividade: O direito que se exerce nas delegacias de polícia no Brasil. *Sociedade E Estado*, v. 29, n. 1, 2014.

RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

RIVERS, Julian, Proportionality and Variable Intensity of Review, *Cambridge Law Review*, vol. 65, 2006.

ROACH, Kent. The Primacy of Liberty and Proportionality, Not Human Dignity, When Subjecting Criminal Law to Constitutional Control. *Israel Law Review*, v. 44, p. 91-113, 2011.

ROBERTS, Julian *et al.* *Populism and Public Opinion: lessons from five countries*. Nova York: Oxford University Press, 2003.

ROBERTS, Julian V. *Sentencing reform in New Zealand: an analysis of sentencing act 2002*. Australian & New Zealand Journal of Criminology, v. 36, n. 3, p. 249-271, Dec. 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Lisboa: Coimbra, 1995.

_____. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma proibição de insuficiência como controle de proporcionalidade das omissões?. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo P. de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2003.

RODRÍGUEZ, Cristina Méndez. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1993, p. 211.

ROSENFELD, Michel, The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 36, 2001

ROXIN, Claus, *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J.. Madrid: Civitas, 1997, p. 182 e ss.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. e notas de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RUGGIERO, V., 'Carcerizzazione e decarcerizzazione', In *Dei Delitti e delle Pene*, 1991, p. 127-41.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito Penal Econômico: Estudos em Homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SALLA, FERNANDO. Sistema Prisional no Brasil: balanço de uma década. In: POSSAS, MARIANA THORSTENSEN (org.). 5o Relatório Nacional de Direitos Humanos: 2001-2010. São Paulo: NEV-USP, 2012. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down265.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada: a justiça constitucional como guardião das minorias políticas. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 79-131, jul./dez. 2003.

_____. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de.; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPSON, Robert J; RAUDENBUSH, Stephen W; EARLS, Felton. *Neighborhoods and violent crime: a multilevel study of collective efficacy*. Artigo disponível em: <<http://www.d.umn.edu/~jmaahs/MA%20Theory%20Articles/Sampson%20et%20al%20collective%20efficacy.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

SAMPSON, Robert J.; MORENOFF, Jeffrey D.; GANNON-ROWLEY, Thomas. “Assessing neighborhood effects: social processes and new directions in research”. *Annual Reviews Sociology*, vol. 28, 2002, p. 443-78.

SANCHÍS, Luis Prieto. *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Aportación a su estudio. Anuario de Derechos Humanos. Madrid: Universidad Complutense, 1985.

_____. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Tirant, 2018.

SANTOS, Rogério Dutra dos. Excesso de prisão provisória no Brasil [recurso eletrônico]: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico/Rogério Dutra dos Santos, Douglas Guimarães Leite. In: Série pensando o direito [recurso eletrônico], n. 54, p. 1-113 2015. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2015/05/rog%C3%A9rio_finalizada_web.pdf>. Acesso em 12 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal”, in: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.), *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*, Porto Alegre: PUCRS, 2008.

_____. Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 10, 2006.

_____. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII – Direitos Fundamentais, 2003, p. 297/332.

_____. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

_____. As masmorras medievais e o Supremo. 2015. Disponível em: <<http://www.jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. *Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetória e metodologia*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Direito Constitucional e Direito Internacional: diálogo e tensões. In: LISBÔA, Cândice (Org.). *Vulnerabilidades e Invisibilidades*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Livraria e Lumen Juris Ltda., 2004.

_____. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidade Institucional do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88 [recurso eletrônico]: por uma república inclusiva. In: *Revista da Emerj*, v. 20, n. 3, p. 296-318, set./dez. 2018.

_____. Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

SAYAS SIMÓN, Sergio. *Alcance del bien jurídico-penal en el delito de tráfico de drogas: Una alternativa político-criminal despenalizadora*. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Las Palmas de Gran Canaria.

SCACCIA, Gino. *Gli “strumenti” dela raggionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2000.

SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCALIA, Antonin. The Rule of Law as a Law of Rules. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 4, 1989.

SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text*. Feb. 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1403343>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. Expression and Its Consequences. *University of Toronto Law Journal*, v. 57, n. 3, 2007.

SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2018.

SCHLAICH, Klaus, “*El Tribunal Constitucional Federal alemán*”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. de L. Aguiar de Luque y M. G. Rubio de Casas. Madrid: CEC, 1984.

SCHÜNEMANN, Bernd. Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal (trad. Baza, L.), In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 5, jan-jun de 1995.

SEGADO, Francisco Fernández. *La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado*. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009.

SEGAL, Jeffrey.; SPAETH, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York: Cambridge University Press, 1992.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção Criminal: análise de políticas extra-penais* (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

SILVA BRITTO, Felipe Mello da. *Acumulação democrática de escombros*. 2010. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María., *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2a ed. Madrid, Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 220.

_____. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

_____. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos civitas, 1999.

_____. Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*, v. 47, n. 127, p. 498-501.

SILVA, Ana Elisa Liberatore. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2010. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014.

SILVA, Ivan Luiz da. Das bases constitucionais do direito penal. *Revista de informação legislativa*, v. 39, n. 156, p. 41-52, out./dez. 2002.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176).

_____. Comparing the incommensurable: constitutional rights, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 2, 2011, p. 285-287.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530, p. 529.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito de estado*, n. 4, 2006, p. 38-39).

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JÚNIOR, Renato Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368-372.

_____. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social*

rights. Disponível em: <<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_____. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006.

_____. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves *et al* (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 598).

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SILVESTRE, G. “*Enxugando Iceberg*” – como as instituições estatais exercem o controle do crime em São Paulo. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos.

SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Padova: Cedam, 1985. p. 755-794, v. 1.

SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. New York: *Oxford University Press*, 2007.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, v. I. Rio de Janeiro: Jacinto, 1921.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O habeas corpus coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 25, n. 137, p. 287-319, nov. 2017.

_____. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 415-450.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Uma proposta intermediária para o início da execução da pena no Brasil. *JOTA*, 06 set. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/?pagename=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-proposta-intermediaria-para-o-inicio-da-execucao-da-pena-no-brasil-06092016>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SOUSA FILHO, Ademar; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Uma proposta intermediária para o início da execução da pena no Brasil: Nem tanto à terra, nem tanto ao mar*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-proposta-intermediaria-para-o-inicio-da-execucao-da-pena-no-brasil-06092016>>. Acesso em: 02.01.2019.

SOUSA FILHO, Ademar. *Sentenças aditivas e as ações constitucionais que discutem a epidemia do zika vírus: o STF pode atuar como legislador positivo?* Disponível em:

<<https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-stf-pode-atuar-como-legislador-positivo-30112016>>. Acesso em: 03.01.2019.

SOUSA FILHO, Ademar. *Uma proposta de redução do encarceramento preventivo*, 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/uma-proposta-de-reducao-encarceramento-preventivo-19012017>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002.

_____. A segurança pública na Constituição federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. In: *Revista de direito do Estado: RDE*, n. 8, p. 19-73, out./dez. 2007.

_____. A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005.

_____. Mandado de Injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. *Interesse Público*, v. 43, 2007, p. 97-116.

_____. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa – Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais. *Boletim Científico da ESMUP*, n.15. Brasília, 2005.

SRIDHAR, C. R. *Policing urban crimes: the broken windows theory*. Disponível em: <http://sapientpen.blogspot.com.br/2011/10/policing-urban-crimes-broken-windows_31.html>. Acesso em: 20 out. 2018.

STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, 2008.

STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico). In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SULLIVAN, E. Thomas; FRASE, Richard S., *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*. New York: Oxford University Press, 2008.

SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order decisions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper, n. 1. Disponível em: <www.law.uchicago.edu/files/files/57.CRS.SecondOrder.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005.

TAFFARELLO, Rogerio Fernando. *Drogas: falência do proibicionismo e alternativas de política criminal*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerpen, Oxford, New York: Intersentia, 2002.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Direito e psicanálise: interseções a partir de “O processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43-55.

_____. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Edição especial de lançamento, 1992.

_____. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de repressão*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Inovações constitucionais no direito penal. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 3, n. 4, 1990.

_____. La culpabilidad e individualización de la pena. In: *Racionalidad y derecho penal*. Lima: Idemsa, 2014.

_____. Parecer jurídico. *A Situação Carcerária no Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *A crise de segurança e o sistema punitivo no capitalismo tardio* (Pequeno ensaio em homenagem a Nilo Batista), Mimeo, 2015.

_____. Inovações constitucionais no direito penal. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 3, n. 4, p. 51-72 1990.

TEIXEIRA, Alessandra. BORDINI, Eliana Blumer Trindade. “Decisões judiciais da Vara das Execuções Criminais: punindo sempre mais”. In: São Paulo em Perspectiva. Vol. 18, n. 1, São Paulo, Janeiro, 2004.

TEIXEIRA, José Elaeeres Marques. *A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TESAURO, Giuseppe. *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*. Relazione all'incontro delle Corte Costituzionali di Portogalo, Spagna e Italia, 24 out. 2013. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Tesauro_Roma2013.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, vol. 7, n. 3, 1893.

THOMAS, Davis. Judicial discretion in sentencing. In: GELSTHORPE, Loraine; PADFIELD, Nicola (Eds.). *Exercising discretion: decision making in the criminal justice system and beyond*. Portland: Willan, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TONRY, Michael. *Sentencing matters*. New York: Oxford University Press, 1996.

TORRES, Alfonso Palacios. *Concepto y control del procedimiento legislativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

TROPER, Michel. Le concept d'État de droit. In: *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF, 2001.

TSAKYRAKIS, Stravros. Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2009, p. 468-493.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

UNDURRAGA, Verónica. O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto. Tradução de Cristina Teles. *Publicum*, v. 2, n. 2, p. 15-44, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/25160/18097>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Mario Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *European Constitutionalism: proposals for an agenda of debate*, 2002. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/docs/europe1.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Legal Analysis as Institutional Imagination. *The Modern Law Review*, vol. 59, n. 1, 1996.

_____. *The critical legal studies movement: Another time, a greater task*. Londres, New York: Verso, 2015.

_____. *The Left Alternative*. London: Verso, 2005.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

VARGAS, Joana D; NASCIMENTO, Luís Felipe Z. Uma abordagem empírica do inquérito policial: o caso de Belo Horizonte. In: Misse, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink/Fenapef/Necvu, 2010, p. 102-190.

VARGAS, Joana Domingues. Em busca da “verdade real”: Tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Sociologia & antropologia*, v. 2, n. 3 Jun., 2012.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis Andrés. *El control constitucional de leyes penales en el marco de un modelo racional de legislación penal*. 2014. Tese (Doutorado) – Universidad de Málaga, Málaga.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 191-216.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483-502.

VON HIRSCH, Andrew. The Justification for Punishment’s Existence: Censure and Prevention. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew (eds). *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005.

WACQUANT, Loic. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2001.

WACQUANT, Loic. O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza. Tradução de Paula Miraglia e Hélio de Mello Filho. *Novos Estudos CEBRAP* 80. Março/2008.

WACQUANT, Loïs. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WALDRON, Jeremy. *Law & disagreement*. Oxford: Oxford University press, 1999.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAGREBELSKY, G., E MARCENO, V., *Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo; Marceno, Valeria, *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012.

ZAGREBELSKY, Vladimiro. La convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale. *Ius17@unibo.it. Studi e materiali di diritto penale*, n. 1, 2009.

ZALUAR, Alba; RIBEIRO, Ana Paula Alves. *Teoria da eficácia coletiva e violência: o paradoxo do subúrbio carioca*. Novos estud. - CEBRAP. 2009, n. 84.

ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública, *Estudos Avançados*, vol. 21, n. 61, São Paulo, 2007.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAVASCKI, Teori. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In: Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação, org. MENDES, Gilmar, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013.